

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

Журнал засновано

як додаток до юридичного журналу
«Право України»
у 2012 році

Адреса редакційної колегії:

04107, м. Київ,
вул. Багговутівська, 17–21

Тел.: 0 (44) 537-51-00

E-mail: info@pravoua.com.ua

Головний редактор:

С. І. Максимов,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України

Видається

раз на півріччя

Свідоцтво про державну реєстрацію:

Серія КВ № 18647-7447Р

Науковий журнал

«ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА»

внесено до:

Переліку фахових видань у галузі юридичних наук

*(наказ Міністерства освіти і науки України
від 15 квітня 2014 року № 455);*

**Міжнародної наукометричної бази даних
«EBSCO Publishing, Inc.» (США)**

(Ліцензійна угода від 16 травня 2013 року)

ВИДАВЕЦЬ

© Редакція журналу «Право України»

1–2/2014

НАУКОВА РАДА

- П. М. Рабінович** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
(голова наукової ради)
- Р. Алексі** – доктор юриспруденції, професор (Німеччина)
Є. В. Булігін – доктор філософії, професор (Аргентина)
А. Вайшвіла – доктор юриспруденції, професор (Литва)
Ч. Варга – доктор юриспруденції, професор (Угорщина)
В. Г. Графський – доктор юридичних наук, професор (Росія)
М. Зірк-Садовскі – доктор юриспруденції, професор (Польща)
А. А. Козловський – доктор юридичних наук, професор
М. І. Козюбра – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- М. В. Костицький** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- О. М. Мироненко** – доктор філософських наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- М. Мур** – доктор філософії, професор (США)
Ю. М. Оборотов – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- Н. М. Оніщенко** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- О. В. Петришин** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- А. В. Поляков** – доктор юридичних наук, професор (Росія)
Н. Е. Сіммондз – доктор філософії (Велика Британія)
О. В. Скрипнюк – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- М. М. Тарасов** – доктор юридичних наук, професор (Росія)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

- С. І. Максимов** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
(головний редактор)
- С. П. Погребняк** – доктор юридичних наук, професор
(заступник головного редактора)
- Л. О. Макаренко** – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
(відповідальний секретар)
- В. С. Бігун** – кандидат юридичних наук
Д. А. Гудима – кандидат юридичних наук, доцент
М. А. Дамірлі – доктор юридичних наук, професор
А. М. Колодій – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- В. В. Лемак** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- О. М. Литвинов** – кандидат юридичних наук, кандидат філософських наук, доцент
- Л. А. Луць** – доктор юридичних наук, професор
С. П. Рабінович – доктор юридичних наук, професор
О. Д. Святоцький – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- В. С. Смородинський** – кандидат юридичних наук, доцент
О. В. Стовба – кандидат юридичних наук
О. Д. Тихомиров – доктор юридичних наук, професор
С. В. Шевчук – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ЗМІСТ

Від головного редактора.....	12
ПРАВОВА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ТА ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ	
Правова інтерпретація	
РАЗ Дж. (Нью-Йорк, США) Інтерпретація без витягу змісту.....	17
ГЕСТ С. (Лондон, Велика Британія) Інтерпретація права.....	36
ГОНЧАРОВ В. (Львів) Від старої теорії тлумачення до нової: основні виклики та рішення.....	53
БОЧАРОВ Д. (Дніпропетровськ) «Візуальна метафора» в юриспруденції: інтерпретація очевидності й очевидність інтерпретації.....	70
ЧЕСТНОВ І. (Санкт-Петербург, Росія) Критичний дискурс-аналіз як інтерпретативна парадигма посткласичної теорії права.....	84
АНТОНОВ М. (Санкт-Петербург, Росія) Теоретичні проблеми неореалістичного розуміння права: про теорію тлумачення Мішеля Тропера та його дискусія з Отто Пферсманном.....	91
ДІКОВСЬКА І. (Київ) Тлумачення цивільно-правових норм: підходи окремих правових систем.....	100
КАПЛІНА О. (Харків) Проблеми виокремлення принципів правозастосовного тлумачення норм кримінального процесуального права.....	108
Правова аргументація	
АЛЕКСІ Р. (Кіль, Німеччина) Догматичне мислення.....	118
БОРОВСЬКІ М. (Гейдельберг, Німеччина) Конструкція формальних принципів у «праві комбінації» Роберта Алексі.....	131
ЛИСАНЮК Є. (Санкт-Петербург, Росія) Логічні теорії раціональної поведінки, право і аргументація.....	148
ЩЕРБИНА О. (Київ) Феномен мовчання в юридичній аргументації.....	160
ТЯГЛО О. (Харків) Проблема оцінки сили юридичного аргументу.....	175
УВАРОВА О. (Харків) Силогістична модель правового обґрунтування: між традицією і реальністю.....	184
ТИТОВ В. (Харків) Основні західні теорії юридичної аргументації.....	193
САМОХІНА К. (Санкт-Петербург, Росія) Традиції юридичної аргументації Брюссельської школи філософії права.....	202
СУЧАСНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ	
СЕЛЛЕРЗ М. (Балтимор, США) Право, розум та емоції.....	209
РАБІНОВИЧ П. (Львів) Праворозуміння: потреба інтерпретація.....	229
КАЛІНІН С. (Мінськ, Білорусь) Інструментальне розуміння права в контексті суб'єктного підходу: щодо проблеми взаємодії методологічних стратегій.....	239

ЗИМОВЕЦЬ Р. (Київ) Природне право і правова мораль. До питання співвідношення моралі та права у «Понятті права» Г. Харта.....	253
КАСАТКІН С. (Самара, Росія) Позитивістська доктрина правової невизначеності (на прикладі вчень Г. Кельзена та Г. Харта)	268
ТКАЧЕНКО О. (Київ) «Онтологічне розрізнення» М. Гайдеггера: епістемологія імплементації у правознавство	277
МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ	
МАКСИМОВ С. (Харків) Моделі осмислення правової реальності в контексті комунікативної парадигми права	291
БУЛИГІН Є. (Буенос-Айрес, Аргентина) Кант і сучасна філософія права	304
КРЕСІН О. (Київ) Німецька філософія національного права наприкінці XVIII – на початку XIX ст. і трансформація юридичної науки	312
ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ	
КРІГЕР М. (Сідней, Австралія) Чому верховенство права є надто важливим, щоб лишити його юристам	323
ВЕСТЕРМАН П. (Гронінген, Нідерланди) Регуляторні правила і верховенство права	350
ВАРЛАМОВА Н. (Москва, Росія) Народний (національний) суверенітет і верховенство права	360
ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА	
ПОГРЕБНЯК С. (Харків) Аналогія у праві	375
ПАШИН С. (Москва, Росія) Правозастосування та правосуддя	384
<i>Дискусія: Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права?</i>	
БУТКЕВИЧ В. (Київ) Загальна теорія права майбутнього: механічне розширення чи конкретизація предмета (об'єкта) дослідження.....	394
ПРАВО І КУЛЬТУРА	
РАБІНОВИЧ П., БАЧИНСЬКИЙ Т. (Львів) Природно-правовий світогляд: сутність, вихідні засади, механізм формування.....	417
МЕЛКЕВІК Б. (Квебек, Канада) Поезія як стійкість: викриття тиші й байдужості (толерантність до несправедливості як загроза демократії і правам людини)	429
САВЧУК С. (Чернівці) Культура вина.....	442
ЛИТВИНОВ О. (Луганськ) Знову щодо проблеми прихованих інтенцій культури в юридичній термінології (про новий сюжет із нового КПК України)	452
ФІЛОСОФСЬКІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК І ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ	
КАРНАУХ Б. (Харків) Вина як антропологічна умова приватноправової відповідальності	461
КОВАЛЬ Д. (Одеса) Міжнародно-правові ідеї Ганса Кельзена та сучасні політико-правові процеси в Україні	471

ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ

До 90-річчя від дня народження дорогого вчителя — Марка Веніаміновича Цвіка.....	477
ЦВІК М. (Харків) Право як система повторюваних юридично оформлених суспільних відносин	479
Юргену Габермасу — 85 років	485
ГАБЕРМАС Ю. (Дюссельдорф, Німеччина) На хвилі думок (інтерв'ю Маркусу Шверінгу).....	486
Еріху Соловйову — 80 років	493
СОЛОВЙОВ Е. (Москва, Росія) Гуманітарно-правова проблематика у філософській публіцистиці В. С. Соловйова	494
Андрію Полякову — 60 років.....	512
СТОВБА О. (Харків) Феноменолого-комунікативний підхід А. В. Полякова: право «по той бік» класичного праворозуміння	513

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Зміна підходів у юридичній освіті: літня школа з загальної теорії права (2–5 серпня 2014 р., Яремче).....	519
«Філософія прав людини»: заклучна сесія міжнародної програми підтримки вищої освіти (13–15 вересня 2014 р., Перемишль, Польща)	523
«Право і комунікація. До ювілею професора А. В. Полякова»: Міжнародна наукова конференція (11–12 грудня 2014 р., Санкт-Петербург, Росія)	525
Ювілейний десятий міжнародний круглий стіл з антропології права (12–13 грудня 2014 р., Львів)	529

ОБГОВОРЕННЯ, РЕЦЕНЗІЇ, ПРЕЗЕНТАЦІЇ ЛІТЕРАТУРИ

Розгерметизувати Гермеса (Рецензія Д. Бочарова на монографію В. Гончарова «Динамічне тлумачення юридичних норм»)	533
--	-----

IN MEMORIAM

Пам'яті Олександра Миколайовича Мироненка: життєвий шлях і наукова спадщина видатного вченого-юриста.....	538
Систематичний покажчик статей і матеріалів, надрукованих у журналі в 2012 та 2013 рр.	545

СОДЕРЖАНИЕ

От главного редактора	12
ПРАВОВАЯ ИНТЕРПРЕТАЦИЯ И ПРАВОВАЯ АРГУМЕНТАЦИЯ	
Правовая интерпретация	
РАЗ Дж. (Нью-Йорк, США) Интерпретация без извлечения смысла.....	17
ГЕСТ С. (Лондон, Великобритания) Интерпретация права.....	36
ГОНЧАРОВ В. (Львов) От старой теории толкования к новой: основные вызовы и решения	53
БОЧАРОВ Д. (Днепропетровск) «Визуальная метафора» в юриспруденции: интерпретация очевидности и очевидность интерпретации.....	70
ЧЕСТНОВ И. (Санкт-Петербург, Россия) Критический дискурс-анализ как интерпретативная парадигма постклассической теории права.....	84
АНТОНОВ М. (Санкт-Петербург, Россия) Теоретические проблемы неореалистического понимания права: о теории толкования Мишеля Тропера и его дискуссия с Отто Пферсманном	91
ДИКОВСКАЯ И. (Киев) Толкование гражданско-правовых норм: подходы отдельных правовых систем	100
КАПЛИНА О. (Харьков) Проблемы выделения принципов правоприменительного толкования норм уголовного процессуального права	108
Правовая аргументация	
АЛЕКСИ Р. (Киль, Германия) Догматическое мышление.....	118
БОРОВСКИ М. (Гейдельберг, Германия) Конструкция формальных принципов в «праве комбинации» Роберта Алекси.....	131
ЛИСАНЮК Е. (Санкт-Петербург, Россия) Логические теории рационального поведения, право и аргументация	148
ЩЕРБИНА Е. (Киев) Феномен молчания в юридической аргументации	160
ТЯГЛО А. (Харьков) Проблема оценки силы юридического аргумента	175
УВАРОВА Е. (Харьков) Силлогистическая модель правового обоснования: между традицией и реальностью.....	184
ТИТОВ В. (Харьков) Основные западные теории юридической аргументации	193
САМОХИНА Е. (Санкт-Петербург, Россия) Традиции юридической аргументации Брюссельской школы философии права.....	202
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ	
СЕЛЛЕРЗ М. (Балтимор, США) Право, разум и эмоции.....	209
РАБИНОВИЧ П. (Львов) Правопонимание: потребностная интерпретация	229
КАЛИНИН С. (Минск, Беларусь) Инструментальное понимание права в контексте субъектного подхода: о проблеме взаимодействия методологических стратегий	239

ЗИМОВЕЦ Р. (<i>Киев</i>) Естественное право и правовая мораль. К вопросу о соотношении морали и права в «Понятии права» Г. Харта	253
КАСАТКИН С. (<i>Самара, Россия</i>) Позитивистская доктрина правовой неопределенности (на примере учений Г. Кельзена и Г. Харта)	268
ТКАЧЕНКО А. (<i>Киев</i>) «Онтологическое различие» М. Хайдеггера: эпистемология имплементации в правоведение	277
МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
МАКСИМОВ С. (<i>Харьков</i>) Модели осмысления правовой реальности в контексте коммуникативной парадигмы права	291
БУЛЫГИН Е. (<i>Буэнос-Айрес, Аргентина</i>) Кант и современная философия права	304
КРЕСИН А. (<i>Киев</i>) Немецкая философия национального права в конце XVIII — начале XIX в. и трансформация юридической науки	312
ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ	
КРИГЕР М. (<i>Сидней, Австралия</i>) Почему верховенство права является слишком важным, чтобы оставить его юристам	323
ВЕСТЕРМАН П. (<i>Гронинген, Нидерланды</i>) Регуляторные правила и верховенство права	350
ВАРЛАМОВА Н. (<i>Москва, Россия</i>) Народный (национальный) суверенитет и верховенство права	360
ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА	
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харьков</i>) Аналогия в праве	375
ПАШИН С. (<i>Москва, Россия</i>) Правоприменение и правосудие	384
Дискуссия: Возможна ли универсальная теория права как общая концептуальная основа теорий национального и международного права?	
БУТКЕВИЧ В. (<i>Киев</i>) Общая теория права будущего: механическое расширение или конкретизация предмета (объекта) исследования	394
ПРАВО И КУЛЬТУРА	
РАБИНОВИЧ П., БАЧИНСКИЙ Т. (<i>Львов</i>) Естественно-правовое мировоззрение: сущность, исходные начала, механизм формирования	417
МЕЛКЕВИК Б. (<i>Квебек, Канада</i>) Поэзия как стойкость: разоблачение тишины и равнодушия (толерантность к несправедливости как угроза демократии и правам человека)	429
САВЧУК С. (<i>Черновцы</i>) Культура вины	442
ЛИТВИНОВ А. (<i>Луганск</i>) Снова о проблеме скрытых интенций культуры в юридической терминологии (о новом сюжете из нового УПК Украины)	452
ФИЛОСОФСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕВЫХ ПРАВОВЫХ НАУК И ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ	
КАРНАУХ Б. (<i>Харьков</i>) Вина как антропологическое условие частноправовой ответственности	461

КОВАЛЬ Д. (Одесса) Международно-правовые идеи Ганса Кельзена и современные политико-правовые процессы в Украине.....	471
ВЫДАЮЩИЕСЯ ФИГУРЫ	
К 90-летию со дня рождения дорогого учителя — Марка Вениаминовича Цвика	477
ЦВИК М. (Харьков) Право как система повторяющихся юридически оформленных общественных отношений.....	479
Юргену Хабермасу — 85 лет	485
ХАБЕРМАС Ю. (Дюссельдорф, Германия) На волне мыслей (интервью Маркусу Шверингу).....	486
Эриху Соловьеву — 80 лет.....	493
СОЛОВЬЕВ Э. (Москва, Россия) Гуманитарно-правовая проблематика в философской публицистике В. С. Соловьева	494
Андрею Полякову — 60 лет.....	512
СТОВБА А. (Харьков) Феноменолого-коммуникативный подход А. В. Полякова: право «по ту сторону» классического правопонимания.....	513
НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ	
Изменение подходов в юридическом образовании: летняя школа по общей теории права (2–5 августа 2014 г., Яремче)	519
«Философия прав человека»: заключительная сессия международной программы поддержки высшего образования (13–15 сентября 2014 г., Перемышль, Польша)	523
«Право и коммуникация. К юбилею профессора А. В. Полякова»: Международная научная конференция (11–12 декабря 2014 г., Санкт-Петербург, Россия)	525
Юбилейный десятый международный круглый стол по антропологии права (12–13 декабря 2014 г., Львов)	529
ОБСУЖДЕНИЯ, РЕЦЕНЗИИ, ПРЕЗЕНТАЦИИ ЛИТЕРАТУРЫ	
Разгерметизировать Гермеса (Рецензия Д. Бочарова на монографию В. Гончарова «Динамическое толкование юридических норм»).....	533
IN MEMORIAM	
Памяти Александра Николаевича Мироненко: жизненный путь и научное наследие выдающегося ученого-юриста	538
Систематический указатель статей и материалов, напечатанных в журнале в 2012 и 2013 гг.	545

CONTENTS

Note of the Editor-in-Chief.....	12
LEGAL INTERPRETATION AND LEGAL ARGUMENTATION	
Legal Interpretation	
RAZ J. (<i>New York, USA</i>) Interpretation without Retrieval	17
GUEST S. (<i>London, Great Britain</i>) The Interpretation of Law.....	36
GONCHAROV V. (<i>Lviv</i>) From the Old to the New Theory of Interpretation: the Main Challenges and Solutions	53
BOCHAROV D. (<i>Dnipropetrovsk</i>) «Visual Metaphor» in Jurisprudence: Interpretation of Obviousness and Obviousness of Interpretation.....	70
CHESTNOV I. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Critical Discourse Analysis as an Interpretative Paradigm of Post-Classical Theory of Law.....	84
ANTONOV M. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Theoretical Issues of the Neorealist Approach to Law: About the Theory of Interpretation by Michel Troper and His Debates with Otto Pfersmann.....	91
DIKOVSKA I. (<i>Kyiv</i>) Interpretation of Civil Law Rules: the Approaches of Some Legal Systems.....	100
KAPLINA O. (<i>Kharkiv</i>) Issues of Pointing Out the Law-Enforcement Interpretation of Criminal Procedure Rules	108
Legal Argumentation	
ALEXY R. (<i>Kiel, Germany</i>) Dogmatic Reasoning.....	118
BOROWSKI M. (<i>Heidelberg, Germany</i>) The Structure of Formal Principles in Robert Alexy's «Law of Combination»	131
LISANYUK E. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Logical Theories of Rational Agency, Law and Argumentation	148
SHCHERBYNA O. (<i>Kyiv</i>) Phenomenon of Silence in Legal Argumentation	160
TIAGLO O. (<i>Kharkiv</i>) The Legal Argument Assessment Problem.....	175
UVAROVA O. (<i>Kharkiv</i>) Syllogistic Model of Legal Reasoning: Between Tradition and Reality	184
TITOV V. (<i>Kharkiv</i>) Basic Western Theories of Legal Argumentation	193
SAMOKHINA K. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Traditions of Legal Argumentation of the Brussels School of Legal Philosophy	202
CONTEMPORARY UNDERSTANDING OF LAW	
SELLERS M. (<i>Baltimore, USA</i>) Law, Reason, and Emotion	209
RABINOVYCH P. (<i>Lviv</i>) Understanding of Law: Needs Oriented Interpretation	229

KALININ S. (<i>Minsk, Belarus</i>) Instrumental Understanding of Law in the Context of Subject Approach: about the Problem of Interaction of Methodological Strategies.....	239
ZYMOVETS R. (<i>Kyiv</i>) Natural Law and Morality of Law. Morality and Law in «Concept of Law» by H. Hart	253
KASATKIN S. (<i>Samara, Russia</i>) Positivist Doctrine of Legal Indeterminacy (Basing on Conceptions of H. Kelsen and H. Hart)	268
TKACHENKO O. (<i>Kyiv</i>) Heidegger's «Ontological Distinction»: Epistemology of its Implementation in Jurisprudence	277
METHODOLOGY OF LEGAL SCIENCE	
MAKSYMОВ S. (<i>Kharkiv</i>) Models of Understanding the Legal Reality in the Context of the Communicative Paradigm of Law	291
BULYGIN E. (<i>Buenos Aires, Argentina</i>) Kant and Contemporary Philosophy of Law	304
KRESIN O. (<i>Kyiv</i>) German Philosophy of National Law in the End XVIII – Beginning of XIX and Transformation of Legal Science.....	312
RULE OF LAW: PROBLEMS OF THEORY AND PRACTICE	
KRYGIER M. (<i>Sydney, Australia</i>) Why the Rule of Law is Too Important to Be Left to Lawyers	323
WESTERMAN P. (<i>Groningen, Netherlands</i>) Regulation and the Rule of Law.....	350
VARLAMOVA N. (<i>Moscow, Russia</i>) People (National) Sovereignty and the Rule of Law	360
ISSUES OF GENERAL THEORY OF LAW	
POGREBNIAK S. (<i>Kharkiv</i>) Legal Analogia.....	375
PASHIN S. (<i>Moscow, Russia</i>) Law Applying and Justice	384
Discussion: Is It Possible the Universal Theory of Law as a Common Conceptual Basis of the Theory of National and International Law?	
BUTKEVICH V. (<i>Kyiv</i>) The General Theory of Law in the Future: Mechanical Broadening or Specification of Subject of Study	394
LAW AND CULTURE	
RABINOVYCH P., BACHYNSKYI T. (<i>Lviv</i>) Naturally-Legal Worldview: Essence, Source Principles and Mechanisms of Formation.....	417
MELKEVIK B. (<i>Quebec, Canada</i>) Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference (Tolerance to Injustice as a Threat to Democracy and Human Rights).....	429
SAVCHUK S. (<i>Chernivtsi</i>) Culture of Guilt.....	442
LYTVYNOV O. (<i>Lugansk</i>) Anew About Problem of Invisible Intentions of Culture in Law Terms (a New Subject out of New CPC of Ukraine)	452

**PHILOSOPHICAL AND METHODOLOGICAL ISSUES OF THE BRANCH
LEGAL SCIENCES AND THE LEGAL PRACTICE**

KARNAUKH B. (*Kharkiv*) Fault as Anthropological Precondition
for Liability in Private Law.....461

KOVAL D. (*Odesa*) Hans Kelsens' Perspectives on International Law
and Contemporary Political and Legal Situation in Ukraine.....471

PROMINENT FIGURES

90th Anniversary of Prominent Scholar Mark Tsvik477

TSVIK M. (*Kharkiv*) Law as System of the Repetitive Legalized
Social Relations.....479

Jürgen Habermas's 85th Birthday485

HABERMAS J. (*Düsseldorf, Germany*) On the Wave of Thoughts
(interviewed by Markus Schwering).....486

Erikh Soloviev's 80th Birthday493

SOLOVIEV E. (*Moscow, Russia*) The Human Rights Problematic
in V. Soloviev's Philosophical Journalism.....494

Andrey Polyakov's 60th Birthday512

STOVBA O. (*Kharkiv*) Phenomenological-Communicative Approach
of A. Polyakov: Law at the «Other Side» of the Classical Legal Reasoning.....513

SCIENTIFIC LIFE

Changing Views in Legal Education:
Summer School on the Theory of Law
(2–5 August, 2014, Yaremche)519

«Philosophy of Human Rights»:
the Final Session of the International Higher Education Support Program
(13–15 September, 2014, Przemysl, Poland)523

«Law and Communication. To Professor A. Polyakov's Jubilee»:
International Scientific Conference
(December, 11–12, 2014, St. Petersburg, Russia).....525

The Anniversary Tenth International Round Table on Legal Anthropology
(December, 12–13, 2014, Lviv).....529

DISCUSSION, REVIEW, PRESENTATION OF LITERATURE

Hermetizing Hermes Out
(Review by D. Bocharov of the Monograph
by V. Honcharov «Dynamic Interpretation of Legal Norms»).....533

IN MEMORIAM

In Memory of Olexandr Myronenko: Course of Life and Scientific Heritage
of the Outstanding Legal Scholar.....538

**Systematic Index of Articles and Materials Published
in the Journal in 2012 and 2013**545

ВІД ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

С. МАКСИМОВ
головний редактор журналу
«Філософія права і загальна теорія права»,
доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)



Шановні читачі!

Минулий 2014 рік був дуже складним для життя країни. Але навіть у ці важкі часи наш журнал до статусу журналу, що включений до міжнародної наукометричної бази, набув також статусу фахового періодичного видання з юридичних наук.

Протягом трьох років існування журналу ключовими темами його номерів були: праворозуміння та методологія юридичної науки, філософія та теорія правосуддя, верховенство права і права людини. Змістовно насиченими були також рубрики, присвячені питанням антропології й аксіології права, дослідженню сучасних концепцій права, соціології права, права і культури, проблем загальної теорії права та ін. Предметом гордості редколегії є розгорнута на його сторінках дискусія щодо можливості створення загальної теорії права як спільної основи для теорій національного та міжнародного права, — дискусія започаткована професором П. Рабіновичем, в якій вже взяли участь близько десяти учасників.

Цього року ключовою було обрано одну з центральних тем сучасної юриспруденції — правова інтерпретація і правова аргументація. Можна сказати, що саме інтерпретація виражає змістовну суть права. Буття права неможливе поза та без його тлумачення. Правова інтерпретація і правова аргументація як, відповідно, психічне та логічне сприйняття права тісно пов'язані між собою. Саме ці питання, як видається, уособлюють безперервний пошук духу та букви права і їх зіставлення; саме з інтерпретацією та аргументацією нерозривно пов'язана будь-яка практична й науково-дослідна робота юриста.

Традиційно до розкриття головних тем номера були запрошені відомі зарубіжні та вітчизняні фахівці.

Тему правової інтерпретації відкриває професор Джозеф Раз — один із найавторитетніших західних філософів права, автор інституціональної теорії права. В його статті «Інтерпретація без витягу змісту» проблема інтерпретації у праві тісно пов'язується і порівнюється з інтерпретацією творів мистецтва, яка не залежить від наміру їх автора. Подібна аналогія між інтерпретацією права і художньою інтерпретацією проводиться й видатним філософом права сучасності — професором Рональдом Дворкіним (його концепція інтерпретації викладається у статті вже відомого українському читачеві професора Університет-

© С. Максимов, 2014

ського коледжу Лондона — Стефена Геста). Саме «інтерпретивізм» є відмітною ознакою праворозуміння Р. Дворкіна, з яким тісно пов'язана концепція права як цілісності (*integrity*) — чесноти, що дозволяє досягти принципового узгодження справедливості й чесності.

Така тенденція зміни акцентів у тлумаченні права від відшукування в тексті джерела права намірів законодавця до більш гнучкого підходу, що характеризується врахуванням ціннісного та прагматичного аспектів тлумачення, диференційованим ставленням до різних джерел права, визначається у статті молодого львівського дослідника В. Гончарова як перехід від старої до нової теорії тлумачення права. Більш розгорнуто питання теорії тлумачення розглянуто ним у монографії «Динамічне тлумачення юридичних норм» (Львів, 2013), рецензія на яку, підготовлена В. Бочаровим під назвою «Розгерметизувати Гермеса», опублікована у відповідній рубриці журналу.

Різним аспектам проблеми правової інтерпретації у найширшому сенсі (що включають й інтерпретацію права в цілому, й різні інтерпретаційні процедури у ході правозастосування, й теорії тлумачення та процес тлумачення норм права) присвячені статті постійних авторів нашого журналу професора І. Честнова — про критичний дискурс-аналіз як інтерпретативну парадигму посткласичної теорії права та М. Антонова — про теорію тлумачення Мішеля Тропера та його дискусію з Отто Пферсманном у межах неореалістичного розуміння права.

Питанням методологічних аспектів тлумачення норм галузевих правових дисциплін — цивільного і кримінального процесуального права — присвячені статті відомих фахівців із цієї тематики — доцента І. Діковської «Тлумачення цивільно-правових норм: підходи окремих правових систем» та професора О. Капліної «Проблеми виокремлення принципів правозастосовного тлумачення норм кримінального процесуального права». Сподіваємось, що ці публікації сприятимуть подальшому розширенню діалогу між представниками, так би мовити, «абстрактних» правових дисциплін — філософії права і загальної теорії права — із тими науковцями, що репрезентують галузеві юридичні дисципліни, як це було зазначено свого часу в «Концепції» нашого видання (Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 6–8).

Підрубрика, присвячена питанням правової аргументації, починається з публікації фрагмента популярного і неодноразово цитованого твору добре відомого читачам нашого журналу професора Роберта Алексі «Теорія правової аргументації: теорія раціонального дискурсу як теорія правового обґрунтування». У перекладеному фрагменті під назвою «Догматичне мислення» розкриваються особливості аргументації із залученням юридичної догматики. Цю тему продовжує стаття визнаного фахівця з правової аргументації — професора Гейдельберзького університету (Німеччина) Мартіна Боровські. У ній досліджуються конструктивні схожості та відмінності між формальними і змістовними принципами, а також те, чи можна пояснити ці відмінності «правом комбінації» — теоретичної конструкції, запропонованої саме Р. Алексі.

Проблема юридичної аргументації знаходиться на перетині інтересів юристів (філософів та теоретиків права) і логіків. Тому до участі у цьому номері журналу запрошені й відомі фахівці з логіки норм та юридичної аргументації: Є. Лисанюк (Санкт-Петербург), стаття якої присвячена аналізу логічних теорій раціональної поведінки у контексті права і аргументації, О. Щербина (Київ)

з аналізом феномену мовчання в юридичній аргументації та професор О. Тягло (Харків) із висвітленням проблеми оцінки сили юридичного аргументу. Конкретизацію силогістичної моделі правового обґрунтування щодо правозастосування здійснено у статті молодого харківського теоретика права О. Уварової.

Наступні дві статті присвячені аналітичному огляду сучасних західних теорій юридичної аргументації, як у цілому (професор В. Титов, Харків), так і окремої школи філософії права – Брюсельської, засновником якої є Х. Перельман (К. Самохіна, Санкт-Петербург, Росія).

Підсумовуючи огляд публікацій з ключової теми, слід зазначити, що за складом її авторів, новизною, змістовністю та багатогранністю матеріалів ця добірка статей може претендувати на статус «монографії всередині журналу», а тому викликатиме неабиякий науковий інтерес у вітчизняного читача, який намагається розібратися з однією з головних проблем сучасної філософії та теорії права.

У цьому номері журналу є також концептуально насиченими традиційно пов'язані між собою теми – «сучасне праворозуміння» і «методологія юридичної науки».

Проблематика розуміння права відкривається статтею професора Університету Балтимора (США), директора Центру міжнародного та порівняльного права цього університету Мортімера Селлерза «Право, розум та емоції». Ця стаття покликана спровокувати деякі думки з приводу зв'язків між правом, розумом та емоціями (тема майбутнього XXVII Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), що відбуватиметься у липні 2015 р. у м. Вашингтон, США). Автор, який є президентом оргкомітету цього Конгресу, стверджує, що право, розум та емоції тісно пов'язані між собою і є насправді провідними цінностями будь-якої дієвої правової системи.

Наступні статті знайомлять читача з концепціями праворозуміння, які сформувалися в межах пострадянського правознавства. Голова наукової ради журналу, професор П. Рабінович (Львів) надає свою концепцію потребового праворозуміння, а С. Калінін (Мінськ, Білорусь) – інструментальне розуміння права в контексті суб'єктного підходу. У статтях Р. Зимовця (Київ) та С. Касаткіна (Самара, Росія) розкриваються інтерпретації сучасної аналітичної філософії права з питань співвідношення моралі та права й аналізу позитивістської доктрини правової невизначеності. О. Ткаченко (Київ) представляє свої філософсько-правові експлікації «онтологічного розрізнення» М. Гайдеггера у світ права, полемізуючи з інтерпретацією філософсько-правових наслідків гайдеггерівської фундаментальної онтології, що обґрунтовані у працях харківського філософа права О. Стовби.

Проблема праворозуміння в методологічному аспекті співвідношення класичної та неklasичної моделей осмислення правової реальності в контексті комунікативного підходу до права розкривається у статті професора С. Максимова (Харків). Автор, уточнюючи деякі моменти своєї концепції правової реальності, вступає в полеміку з професором Санкт-Петербурзького університету, головним редактором журналу «Правознавство» А. Поляковим. Професор Університету Буенос-Айресу (Аргентина) Євгеній Булігін (він народився у 1931 р. у Харкові) надав спеціально для публікації в нашому журналі свою статтю «Кант і сучасна філософія права» (яку він сам переклав з іспанської мови на

російську). У ній характеризується вплив кантівської трансцендентальної філософії на формування кельзенівської «чистої теорії права». У статті О. Кресіна (Київ) розкривається методологічна складова історичної школи права як філософії національного права.

Питанням теоретичних та практичних аспектів верховенства права присвячені статті вчених, відомих за попередніми публікаціями у журналі, — австралійського професора Мартіна Крігера «Чому верховенство права є надто важливим, щоб лишити його юристам», в якій розкриваються соціологічні аспекти верховенства права, та голландського професора Полін Вестерман «Регуляторні правила і верховенство права». Російська дослідниця Н. Варламова (Москва) розглядає верховенство права в контексті народного (національного) суверенітету.

Статті, що публікуються в рубриці «Питання загальної теорії права», за своєю тематикою і значимістю виходять далеко за межі цієї науки. Так, у статті професора С. Погребняка (Харків) аналізуються загальні проблеми використання методу аналогії в теоретичній та практичній юриспруденції. Російський автор С. Пашин (Москва) — один із методологів та практиків запровадження суду присяжних у сучасній Росії — розкриває широкий спектр питань, пов'язаних зі здійсненням правосуддя.

На особливу увагу заслуговує стаття професора В. Буткевича (Київ) — широко відомого фахівця з міжнародного права, який тривалий час був суддею Європейського суду з прав людини, — «Загальна теорія права майбутнього: механічне розширення чи конкретизація предмета (об'єкта) дослідження». Ця стаття, опублікована в межах дискусії: «Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права?», підносить обговорення цієї проблеми на якісно новий рівень, збагачуючи методологічний арсенал як теорії міжнародного права, так і загальної теорії права.

У рубриці «Право і культура» розглядаються актуальні питання сутності, вихідних засад і механізму формування природно-правового світогляду (професор П. Рабінович, Т. Бачинський, Львів); толерантності до несправедливості як загрози демократії і правам людини (професор Б'ярн Мелкевік, Квебек, Канада); культури вини (С. Савчук, Чернівці) та культури в юридичній термінології (О. Литвинов, Луганськ).

Філософські та методологічні проблеми галузевих правових наук і юридичної практики розглянуто у молодих дослідників Б. Карнауха (Харків) щодо вини як антропологічної умови приватноправової відповідальності та Д. Ковалю (Одеса) стосовно оцінки сучасних політико-правових процесів в Україні з позицій міжнародно-правових ідей Г. Кельзена.

Належно представлена і рубрика «Визначні постаті». У ній публікується матеріал до 90-річчя від дня народження відомого українського теоретика права — Марка Веніаміновича Цвіка та остання стаття М. Цвіка «Право як система повторюваних юридично оформлених суспільних відносин», підготовлені одним із його учнів — В. Смородинським.

До 85-річчя видатного філософа сучасності — професора Юргена Габермаса (Німеччина) — друкується його інтерв'ю Маркусу Шверінгу щодо сучасних процесів у суспільстві, яке Ю. Габермас дав з нагоди свого ювілею.

До 80-річчя професора Еріха Соловйова — відомого російського історика філософії, який здійснив вагомий вплив на проблематику і світоглядну спрямо-

ваність сучасної пострадянської філософії права, опубліковано переклад його статті, присвяченої проблематиці прав людини у філософській публіцистиці видатного російського філософа кінця XIX ст. Володимира Соловйова, чия філософія права містила основні ідеї «нового лібералізму».

До 60-річчя професора Андрія Полякова — головного редактора російського журналу «Правознавство» і члена наукової ради нашого журналу — підготовлена стаття О. Стовби, в якій він розкриває головні положення феноменолого-комунікативного підходу до права, який обґрунтовується ювіляром.

Подається також огляд різних за формою наукових заходів із питань філософії права і загальної теорії права, які відбулися цього року: літньої школи із загальної теорії права, заключної сесії міжнародної освітньої програми з філософії прав людини, міжнародної наукової конференції, присвяченої комунікативному підходу до розуміння права, та ювілейного десятого круглого столу з антропології права.

У рубриці «In Memoriam» публікується стаття пам'яті талановитого українського історика і філософа права, судді першого складу Конституційного Суду України, члена-кореспондента НАПрН України, який був також членом наукової ради нашого журналу, — Олександра Миколайовича Мироненка, написана його колегами по Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України — професорами В. Горбатенком та І. Усенком.

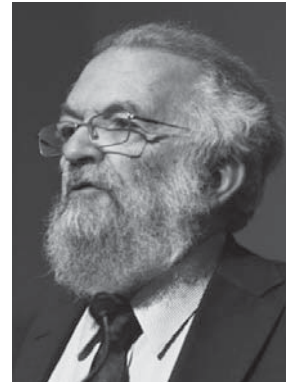
Також подається систематичний покажчик статей і матеріалів, надрукованих у журналі в 2012 та 2013 рр. Поряд зі змістом нинішнього номера він відображає проблематику, висвітлену на сторінках журналу від його заснування і дотепер.

На закінчення зазначимо, що ключова тема номерів журналу на 2015 р. проектується відповідно до теми згаданого вище XXVII Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції». Такою темою буде «Раціональне і емоційне у праворозумінні та у правовому регулюванні». Запрошуємо шановних авторів готувати статті та матеріали з цієї теми.

ПРАВОВА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ

ІНТЕРПРЕТАЦІЯ БЕЗ ВИТЯГУ ЗМІСТУ¹

Дж. РАЗ
професор права
(Колумбійський університет,
Нью-Йорк, США)



Інтерпретуючи, ми пояснюємо, показуємо або демонструємо зміст об'єкта інтерпретації («оригінала», як у подальшому я його називатиму). Тому інтерпретація часто вважається процесом витягу й роз'яснення змісту, що його має оригінал. Зрештою, якщо інтерпретація є демонстрацією або поясненням змісту оригіналу, то цей оригінал мусить мати зміст, який може бути інтерпретований, а інтерпретація є витягом цього змісту, роз'яснюючи його тим, кому він невідомий. Під час інтерпретації роль автора, або, кажучи більш загально, намір того, хто створює оригінал, тісно пов'язані з образом витягу. Якщо інтерпретація є витягом, то часто виникає спокуса вдатися до думки, що єдине, що треба витягнути, — це намір автора.

Мета цього есе — показати, що думки, які асоціюються з образом витягу, є помилковими чи оманливими. Я вирішив зосередитися на інтерпретації творів мистецтва, музики й літератури через дві причини. По-перше, такі роботи є одними з парадигматичних об'єктів інтерпретації. По-друге, нам усім відомі добрі інтерпретації таких робіт, що є винахідливими, і тому, як видається, суперечать погляду на інтерпретацію як на витяг змісту.

Я запропоную теоретичне розуміння інтерпретації творів мистецтва, музики і літератури², яке, маю надію, може бути видозмінено, щоб бути застосовуваним до інших стандартних об'єктів інтерпретації (як-от: законодавство, історичні події, ритуали, соціальні звичаї). Це роз'яснення дозволяє збалансованіше

¹ Перша публікація: *Raz J. Interpretation Without Retrieval / J. Raz // Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*; ed. A. Marmor. — Oxford: Oxford University Press, 1995. — P. 155–176. Переклад з англійської В. Гончарова, наукове редагування С. Максимова.

² Слово «мистецтво» я часто використовуватиму в його широкому розумінні, що містить у собі і музику, і літературу.

поглянути на те, якими різними шляхами наміри авторів можуть впливати на інтерпретацію.

Рівні змісту

Загалом зручно розрізнити три типи, чи то рівні, питання про зміст творів мистецтва й літератури. З одного боку, стоїть питання про важливість того факту, що певний твір було створено, або ж твір став популярним, у певний часовий період, а також інші питання щодо сприйняття твору і його впливу. Вони затьмарюють собою історичні проблеми, в яких може взагалі не йтися про зміст і інтерпретацію або які можуть стосуватися інтерпретації культури чи її стану в конкретний момент часу. Ті з них, які мають справу з інтерпретацією твору мистецтва, передбачають законсервовані інтерпретації, тобто вони мають справу з інтерпретацією того, як інші люди інтерпретували твір: «Що романтики бачили в історії Дон Жуана?», «Як ставлення до маккартизму вплинули на сприйняття “Тяжкого випробування” Міллера під час першої вистави?» тощо. Цей рівень змісту буде не надто корисним для дослідження нашої проблеми.

Для цілей цієї статті я буду розрізнити два рівні змісту, які називатиму «глибоким» і «основним», хоч не слід надавати великого значення вибору саме таких термінів. Основний зміст твору стосується питання предмета твору («портрет Олександра VI») або його буквального значення («Це Саломея із головою Іоанна Хрестителя на блюді?», «Що означають слова вірша?» тощо). Ідентифікація предмета й буквального змісту твору справді дають початок інтерпретаційним проблемам, і виникає цілком зрозуміле відчуття, що, безсумнівно, саме тут, а не деінде намір автора має найбільшу вагу. Візьмемо портрети: якщо Джакометті різьбить скульптуру і оголошує, що вона зображає Анетту, то хіба вона зображає не Аннету? Цю скульптуру так зроблено, так названо автором і ніщо інше не має значення. До цього аргументу я повернуся пізніше. Для початку я зупинюся на глибокому рівні змісту. Він може бути зафіксований такими спостереженнями: «картина зображає співчуття християн-переможців до переможених мусульман», «п'єса протиставляє нову складну столичну культуру грубості традиційних звичаїв провінції», «музика є виразом любовної пристрасті, що переходить у глибину відчаю, коли любов лишається без відповіді» тощо. Відмінність між рівнями змісту й інтерпретації не є очевидною, але може прислужитися для багатьох цілей, у тому числі й для наших. Глибокий, більш ніж буквальний, зміст є предметом більшості дискусій про зміст творів мистецтва. «Чому Гамлет охолов до Офелії?», «Чи, затримуючись із помстою, Гамлет не виявляє своє неоднозначне ставлення до батька?» і т. д. Ці питання є стандартним матеріалом для критичних дискусій у літературі й мистецтві. Чи можна висвітлити ці питання, розглядаючи інтерпретацію як процес витягу змісту? Чи можна їх вирішити, посилаючись на мету автора¹?

Від наміру до висловлення

Якщо інтерпретація пояснює або демонструє зміст твору, який інтерпретується, який же інший зміст може мати твір мистецтва, відмінний від того, що

¹ Питання, чи кожен твір мистецтва має зміст одного з цих двох рівнів чи обох відразу, тут не розглядатиметься.

його твору надав той, хто його створив? Відповідь, що спадає на думку, є водночас і правильною, і недостатньою. Ми можемо сказати (насправді так і кажуть), що зміст, як і краса, залежить від того, хто його споглядає. Актор або глядач, інтерпретуючи твір, показує або пояснює той зміст, який він бачить у цьому творі тут і зараз¹. До певної міри це правильно, і висновок, що зміст, який він бачить у творі, необов'язково має бути туди вкладений автором чи кимось іншим, може бути так само правильним. Але неправильно робити висновок, що інтерпретатор може відшукати у творі будь-який зміст. Інтерпретувати твір мистецтва — це не те саме, що реагувати на нього, як на тест Роршаха, або ж, будши ним натхненним чи враженим, мати або висловлювати певні думки, емоції чи ставлення. Текстура мармурової брили може надихнути скульптора вирізьбити з неї скульптуру. Але це не означає, що скульптура є результатом інтерпретації брили мармуру.

Частина того, чого тут не вистачає, — це наміру інтерпретації². Але який це намір? Хіба не намір продемонструвати, ствердити чи пояснити зміст твору, тобто зміст, який у певному сенсі твір уже має? Таким чином, ми повернулися до вихідної точки. Якщо для інтерпретації потрібен намір виявити зміст твору, чи інтерпретація — це не процес витягу змісту, і що ж тут можна витягнути, окрім того, що було вкладено автором відповідно до його наміру?

Щоб звільнитися з-під влади парадигми наміру, передусім треба відзначити, що навіть інтерпретації, які розглядають позиції автора як ключ до успіху, не обмежуються поглядом на інтерпретацію лише як на витяг наміру автора. Ми повинні розрізнити зміст твору для його автора, зміст, який автор має намір у нього вкласти, і погляди, емоції, ставлення тощо, які автор висловлює у творі.

Зміст твору для його автора може відрізнитися кількома шляхами від змісту, який автор має намір у нього вкласти. Твір може значити щось для автора через його спогади про події в його житті, що асоціюються з періодом створення цієї роботи, періодом її публікації і т. д., або через успіх твору серед публіки, або через те, що у результаті тривалої боротьби авторові не вдалося висловити те чи інше своє бачення в творі. Твір може стати для автора фіксацією його провалу чи успіху. Зазвичай твір може також щось означати для автора через те, що він і процес його творення відкривають авторові дещо про нього самого. Так само, як твір може означати щось для його автора, він може означати багато речей для інших людей, які вперше побачили його під час медового місяця, чиє життя змінилося з отриманням нового досвіду, в якому цей твір відіграв певну роль і т. ін.

Питання полягає в тому, чи те, що твір означає для його автора, є особливим для фіксації (принаймні частково) змісту самого твору. Але у всіх випадках, те, що означає твір для його автора, як і те, що він означає для будь-кого іншого, відрізняється від змісту твору і є поза ним. Коли говорять: «Цей твір для мене дуже багато значить», або «Це має особливе значення для мене», і ми питаємо: «Що це означає для вас?» — відповідь не є і не може бути: «Це означає для мене,

¹ Щоб унеможливити помилкове припущення, що особа, яка інтерпретує, мусить вірити, що твір має одне правильне чи найкраще тлумачення, я утримуюсь від того, щоб стверджувати, що вона пояснює чи показує зміст, який бачить у творі.

² У «Моралі як інтерпретації: щодо Інтерпретації та соціальної критики Волцера» [1], я стверджую, що інтерпретує тільки той, хто має намір інтерпретувати (так чи інакше це пояснюючи).

що Гамлет відчував розчарування, втративши матір вдруге, спершу через батька, і тепер через свого дядька». Це може бути (частково), що означає «Гамлет», і наш співрозмовник може знати про це, але це не може бути те, що цей твір означає для нього, ні те, що він означає для Шекспіра чи будь-кого іншого. Радше це зміст, який він, чи вони, побачили в цьому творі¹.

Отже, зміст твору відрізняється від того, що твір значить для його автора. Чи це те, що автор хоче, щоб твір значив? Чому це має бути так? Імовірно тому, що такими є твори мистецтва і літератури. Вони є засобами для людей, щоб висловити свої погляди, ставлення, емоції, почуття краси тощо. Як стверджують, хай чим би не було мистецтво — це основа, це мова для самовираження і спілкування шляхом висловлення думок, почуттів і т. ін. Але якщо це так, то намір автора не завжди буде превалювати в інтерпретації через те, що автори творів літератури і мистецтва висловлюють у своїх роботах не завжди те, що вони мали намір висловити. Вони можуть бути здивовані тим, що вони дізнаються про себе, читаючи, спостерігаючи чи слухаючи те, що вони створили. У творі може бути висловлено провину за своє ставлення до батьків, про яку автор і не підозрював. (Чи не про «Дон Жуана» мова?)

Якщо в основі маємо думку, що мистецтво є засобом для самовираження, тоді намір автора важливий, але він аж ніяк не домінує в інтерпретації. Чи повинні ми тоді вирішити, що твір означає те, що автор висловив у ньому? Якщо й так, ми не повинні цього робити через відсутність альтернативних шляхів розуміння змісту твору мистецтва. Очевидно, що деякі інтерпретації можуть здійснюватися і без посилання на те, що висловив автор, хоча б тому, що ми можемо інтерпретувати звичаї, ритуали, обряди та інші схожі речі, які не мають авторів. Такі обряди, ритуали і подібні їм речі зручно назвати «культурними об'єктами», щоб відзначити той факт (який у певному сенсі ще треба буде пояснити), що вони мають свій зміст у межах культур. Розмахування або розвіювання прапором означає гордість чи вірність своєму народу тільки в межах культури або ж на тлі культури, в якій такі дії мають такий зміст.

Помилка, якої треба уникати, це погляд на інтерпретацію культурних об'єктів як на законсервовану інтерпретацію. По-перше, корисно пам'ятати, що той факт, що культурні об'єкти мають зміст тільки на тлі певних практик, не означає, що їхній зміст — це значення, яке вони мають в очах будь-якої конкретної людини або більшості людей у суспільстві, в якому існують ці практики. Зміст культурних об'єктів не повинен бути зведений до статистичного факту. Він пов'язаний зі значенням, якого люди надають культурним об'єктам, але з цього не випливає, що всі аспекти їхнього значення є зрозумілими чи відомими всім чи багатьом. По-друге, у той час як ми завжди можемо шукати законсервовані інтерпретації, такі як «що твір означає для вікторіанців?» — законсервовані інтерпретації завжди вторинні або паразитують на незаконсервованих. Завжди може статися, що два запитання: «Який зміст твору?» і

¹ Можливо, цей приклад перебільшує ступінь, з яким на питання «що цей твір означає для X» можна дати відповідь, посилаючись на особистий досвід і асоціації X, пов'язані з цим твором. Цей та інші подібні вирази можуть бути використані як у ситуаціях, коли не береться до уваги те, що X вважає змістом твору, так і в ситуаціях, коли подібні вирази першочергово стосуються змісту, який на думку X, має цей твір (напр., «що означають «Страждання молодого Вертера» для романтиків?»). А в багатьох випадках подібні вислови стосуються і того, що X вважає змістом твору, і особистих асоціацій X, пов'язаних із цим твором.

«Який зміст твору для тої чи іншої аудиторії в той чи інший період часу?» — отримують однакову відповідь¹. Але це завжди два різних питання. Нас цікавить перше.

Твори мистецтва є культурними об'єктами (я наведу свої твердження на підтримку цієї тези в наступному розділі), і тому їх інтерпретація, в принципі, не залежить від наміру того, хто їх створив. У наступних розділах я уточню цей висновок. Але перш ніж ми приступимо до головного аргументу, доречно буде подати коротке роз'яснення щодо його ставлення до погляду на мистецтво як на засіб для самовираження. По-перше, переконання, висловлене мною вище, про те, що суть мистецтва полягає в тому, щоб забезпечити засіб для самовираження, в кращому випадку оманливе, а, можливо, й хибне. Воно хибне, якщо передбачає, що митці створюють мистецькі роботи обов'язково для того, щоб висловити себе. Вони можуть робити це, щоб виконати зобов'язання, маючи на меті виконати певні докладні інструкції, вкладаючи в завдання тільки своє уміння. Вони можуть продукувати твори випадково, або використовувати реді-мейди для того, щоб розглянути теоретично природу мистецтва. Є багато інших випадків, в яких розуміння самовираження таким чином може зазнати невдачі. Важливішим є, що все те, що є справедливого в такому розумінні, повинно узгоджуватися з такими відмінностями: ставлення, емоції або думки, виражені твором, необов'язково повинні бути тими, які автор висловлював у творі, і те, що автор висловив у творі, відрізняється від тих ставлень, емоцій і думок, які, згідно зі свідченнями, мав автор. Почнемо з кінця. Психолог або просто хтось, хто знає автора, може взяти з твору стільки ж інформації, як з обмовок чи неправильного вживання слів. Нашими діями, результатами наших дій ми зраджуємо наші думки і почуття багатьма шляхами, не тільки висловлюючи їх. Більше того, митець може створити твір або написати вірш, висловлюючи пристрасну любов або щось інше, не відчуваючи таких емоцій, не маючи таких думок. Як я щойно зазначив, це може бути просто його зобов'язання. Правдивим є те, що він створив твір, який виражає ці почуття і думки і, в певному розумінні, що він віднайшов, або ж винайшов, шлях, як висловити такі думки чи почуття. Але це не той випадок, коли він висловив себе і свої почуття чи думки у творі. Він висловив би себе і свої почуття й думки, тільки якщо б він відчував або думав те саме, що висловлює його твір. Таким чином, ми повинні розуміти, що висловлює твір, що він означає, незалежно від того, що висловив у ньому його автор.

Твори мистецтва як культурні об'єкти

Твори мистецтва не лише можуть стати культурними об'єктами, вони призначені, щоб стати ними. Природа творів мистецтва і літератури полягає в тому, що вони є культурними об'єктами, у тому сенсі, що вони оцінюються за їхнім успіхом як культурні об'єкти. Дозвольте пояснити. Одним із аспектів концепції мистецтва є те, що твори мистецтва покликані зацікавити людей, яким зовсім не цікавий їхній автор. Вони мають цікавити широкі кола в тому розумінні, що їхній успіх оцінюється за ступенем інтересу до них і тим, як вони заслуговують на такий широкий інтерес. Дуже невдалий твір мистецтва все ще може

¹ Це навіть може бути необхідною умовою, що будь-яке твердження типу «це зміст (чи один зі змістів, чи частина змісту) цього твору» буде правдивим тільки, якщо існує аудиторія чи період часу, для якого призначений зміст твору. Ми повернемося до цього питання пізніше.

мати великий інтерес для друзів або родичів його автора, адже він може виявляти його життя і особистість аж ніяк не менше, ніж вдалий. Ніхто більше не має звертати на нього жодної уваги, якщо (як ми припускаємо) це невдалий твір мистецтва у всіх відповідних аспектах. Але також не слід плутати загальне значення творів мистецтва, тобто інтерес до них поза жодним інтересом до автора, з їхнім значенням як історичним свідченням тогочасних побуту, мови, звичаїв харчування тощо. Їхнє загальне значення, яке робить їх культурними об'єктами, полягає в тому, що вони висловлюють або являють собою; у їхньому змісті, коли він розуміється як такий, що не містить того, що вони виражають про автора.

Той факт, що твори мистецтва є культурними об'єктами з культурним змістом, необов'язково визначає ще одну особливість мистецтва, але добре поєднується з нею, а саме з тим, що твори мистецтва призначені для розуміння відносно контекстно-незалежним шляхом. Мені слід сильно виділити слово «відносно» в цьому реченні. Велика частина змісту твору мистецтва може бути втрачена тим, хто не знає про те, що твір було створено в умовах сильної цензури, або незабаром після поширення заворушень на расовому ґрунті, або в літературній традиції, яка цінувала алюзії на грецькі міфи і літературу, тощо. Контекст має велике значення для розуміння змісту мистецьких робіт. Але контекст, який є важливим, — це суспільний контекст. Читач-слухач-глядач не мусить знати, що автор твору перебрався до нового житла, що його двоюрідний брат нещодавно розлучився або що його первісток пішов до школи. Такі події можуть сильно вплинути на твори автора (і його біографи можуть зупинитися на них), але тоді, як твір може мати спеціальне звернення до людей, які часто змінюють житло чи хочуть його змінити, цікавляться розлученням, втратою кохання, радіщами від дітей тощо, зміст твору мусить бути доступний для тих, кому не відомі обставини життя його автора. Стосовно цього я скажу, що зміст твору мистецтва залежить від його суспільного контексту, але не від особистого. Це означає, що його успіх буде оцінюватися, зважаючи на те, що твір виражає, і що може бути зрозумілим без прив'язки до обставин особистого життя автора¹.

Домовленість, що зміст твору має бути доступний без посилання на особистий контекст², узгоджується з тим фактом, що мистецькі твори є обов'язково створеними їхніми авторами свідомо. Тут можна згадати аналогію із загальною дискусією про тезу наміру стосовно законодавства³. Митці, як і законодавці, знають (коли вони справді знають⁴), що змістом їх роботи є те, що може бути виміряно без урахування особистого контексту, і тому вони створюватимуть роботи, які матимуть зміст, що має бути зрозумілим. Але аналогія, хоч і правильна, обґрунтована, приховує основну різницю між творами мистецтва і законодавством. Фундаментальна особливість мистецтва, що твори призначені донести зміст до людей, які не зацікавлені в особі їх автора, робить наміри митців відносно незначущими. Важливим є твір мистецтва. Якщо митець привертає

¹ Чи може бути домовленість у протилежному, тобто домовленість, що твір слід розуміти як, скажімо, плач за втраченим коханням і визначати його вдалим тільки, якщо автор пережив таку втрату перед написанням твору? Навряд чи.

² Хоча ніхто не заперечує, що ті, хто знає про особистий контекст створення мистецької роботи, зможуть витягти зміст легше.

³ Тут я спираюся на мою статтю «Намір в інтерпретації» [2].

⁴ Що зовсім необов'язково. Багато робіт було створено цивілізаціями, що не мали концепції мистецтва, так званими первісними митцями, які не розглядали свої твори як мистецтво.

нашу увагу, це тому, що він чи вона творить велике мистецтво. Ми часто підозрюємо, що дехто захоплюється певними творами мистецтва тільки тому, що їх було створено відомим або модним митцем. Але загальною є домовленість, що це є перекрученням правильної оцінки мистецтва. Навіть ті, хто слабує на це, знають це, і приховують свої істинні причини, іноді навіть від себе самих.

З іншого боку, законодавчий акт обов'язковий до виконання не тому, що його зміст є винятковим, а тому, що його було проголошено особою або органом, наділеним повноваженнями щодо прийняття законів. Законодавство має інтерпретуватися відповідно до домовленості, тому що таким чином можна встановити намір законодавця. Мистецтво має розумітися незалежно від особистих контекстів його створення, тому що важливим є його суспільний зміст. Якщо цей зміст є тим, що його задумав митець, нехай так і буде. Але якщо твір виявляє у митцеві щось, про що він сам не знає, і висловлене у творі воно сприймається суспільством і стає вирішальним для інтерпретації, тобто для загального розуміння твору, це не зменшує ні такого розуміння, ні якостей твору.

Ця подвійна незалежність мистецтва від автора (його зміст має бути важливим для людей, які не зацікавлені в митцеві, та визначається незалежно від особистого контексту його створення) має вирішальне значення для пояснення ролі інтерпретації у визначенні змісту твору мистецтва. Але її треба доповнити ще однією особливістю. Переважно аспекти контексту, який визначає зміст твору мистецтва, можна розділити на дві частини: перша — стан мистецтва, про яке йде мова, друга — інші роздуми або уявлення про сенс людського життя, місце людини у світі та аспекти людського досвіду. Важливість першого типу контекстної особливості, яка містить технічні розробки, такі як використання пігментів, музичних інструментів, методів проекції, таких як перспектива, або технік підсилення, іконографічних конвенцій, технік оповіді тощо, неминуче проявляється в тому, що твори мистецтва ідентифікуються, класифікуються, а отже, й розуміються відповідно до їхніх технік і навичок, які вони відображають. Важливість другого типу особливості частково впливає із суспільного характеру мистецтва, тобто зі своєї подвійної незалежності від митця. Отже, природно очікувати зміст твору мистецтва в зображенні й висловленні загальнолюдських проблем.

Ці міркування, однак, не повною мірою пояснюють залучення мистецтва до «вищих» сенсів людського життя. Це той аспект мистецтва, який можна пояснити тільки історично, зважаючи на те, як розвивалася концепція мистецтва. На Заході мистецтво Нового часу і концепція мистецтва виростили з традицій християнського мистецтва. У середньовічній Європі те, що ми визнаємо за мистецтво, було, як життя в цілому, створено для Божої слави. Мистецтво знову ввело в дію, а де доцільно і прославило, оповіді в іконах, які втілили сенс людського існування, Божественного існування та втручання. Коли на початках історії сучасної Європи деякі з ремесел Середньовіччя було за статусом і за розумінням їхнього значення відділено від інших і зведено до статусу «мистецтва», вони зберегли свою значущість, виражаючи й говорячи про сенс людського життя, світу, про біди і тріумфи, соціальні й метафізичні. Що далі вони, здавалось, відходили від цього самоосмислення до погляду на творчість як на мистецтво заради мистецтва, то ближче вони підходили до нього. Не випадково рух «мистецтво заради мистецтва» асоціюється з найбільш екстравагантними заявами, суть яких полягає в тому, що мистецтво і мистецька краса — квінтесенція людських цінностей, здатна сповнити людське життя вищим сенсом.

У результаті з'являється спокуса «високого» погляду на мистецтво. Він стверджує, що відмінність між «мистецтвом» і ремеслами, які лежать поза його межами, полягає в тому, що мистецтво виражає і відображає погляди на природу і людське життя і ставлення до них. Але, хоч багато видів мистецтва це робить, цю особливість не можна використати як частину його визначення. Різниця між мистецтвом і просто декоративністю (нібито лише естетичним призначенням шпалер і всіх інших «простих» предметів матеріальної культури) не може бути застосована до музики й деяких інших напрямів мистецтва. Сказавши це, треба також зазначити, що мистецтво зміщується певним чином у бік «вищого» розуміння: завжди логічно розглядати твір мистецтва як вираження ставлення до життя або життєвого досвіду, до природи або до Бога, якщо зміст твору, будучи розглянутим у контексті його створення, нестиме це значення. Твір оцінюється як суто декоративний тільки тоді, коли таке розуміння його не є можливим. У цьому розділі я стверджував, що твори мистецтва є культурними об'єктами, і тому їх інтерпретація є відносно незалежною від намірів тих, хто їх створив. Бути культурними об'єктами в цьому контексті означає, що їх логічно розглядати як носіїв змісту для своєї культури, а отже, давати їм високу чи низьку оцінку, зважаючи (частково) на їхній зміст (невдалі, або ж незначні, твори мистецтва можуть «не мати значення»). Мати зміст для культури означає бути об'єктом, що є придатним для певних відносин, відповідей і використань. Зміст і інтерпретація є взаємопов'язаними поняттями. Інтерпретація — це з'ясування змісту, а те, що має зміст, який не є наперед очевидним, може бути інтерпретовано. Звідси випливає, що невід'ємною ознакою мистецтва є те, що твори мистецтва можуть бути інтерпретовані. Мистецтво несе в собі традиції інтерпретації, зміст твору мистецтва може бути сприйнято тільки тими, хто знає ці традиції і може інтерпретувати, тобто прийти до розуміння змісту.

Зв'язок між мистецтвом і його інтерпретацією не є ані тривіальним, ані випадковим. Не випадково, що ніхто не може інтерпретувати раковину в кухні, але раковина в художній галереї, або якимось іншим чином представлена чи використана як твір мистецтва, потребує інтерпретації. Мистецтво — це аж ніяк не сама лише інтерпретація, але не існує мистецтва без інтерпретації, і не існує мистецтва без практики інтерпретації творів мистецтва. Розуміння, в якому це так є, повинно бути ретельно викладене. Вочевидь, багато творів мистецтва було створено в часи і в культурах, де не було нічого схожого на наші традиції інтерпретації мистецтва. Багато творів було створено в культурах, які не визнають саме поняття мистецтва. Правильний сенс у твердженні, що не існує мистецтва без інтерпретації, полягає в тому, що наше розуміння мистецтва робить усі твори мистецтва об'єктами, придатними до інтерпретації певного виду, мистецької інтерпретації. Тому, визнаючи твори творами мистецтва, ми визнаємо їх об'єктами інтерпретації такого виду, незважаючи на те, чи розглядалися вони такими їхніми творцями або їхньою початковою аудиторією. У результаті ми можемо зосередитися на цих творах, намагаючись зрозуміти зміст культур, в яких вони народилися, і життя в тих культурах.

Основний зміст у мистецтві й літературі

Припускаючи правильність висловленої в попередньому розділі думки, чи це не той випадок, коли обговорювані зміст і інтерпретація вимагають більш основного змісту, змісту в тому розумінні, коли ми говоримо, що горностаї на портре-

ті Чечилії Галлерані (в Кракові) пензля Леонардо символізує натурницю¹, або що синій колір вбрання Мадонни в італійському живописі епохи Відродження символізує невинність, або що «зникаюча сила звичайного правління» в «Попільній середі» Т. С. Еліота стосується занепаду на силі промовця наприкінці його життя? Я посилатимусь на зміст у цьому розумінні як на «основний зміст» елементів твору, і порівняю його з «глибоким» змістом цілого твору або його окремих частин чи аспектів, що обговорювалося в попередньому розділі.

Доводи на користь думки про незалежність наміру автора здаються сильнішими з позиції інтерпретації основного змісту. Два моменти суперечать цьому. По-перше, твори мистецтва й літератури є творіннями свідомими. За нормального стану речей тільки те, що робиться як роман, вірш чи картина тощо, може стати романом, віршем чи картиною тощо. Пісуар Дюшана нагадує нам, що іноді те, що є твором мистецтва, являє собою не більше ніж об'єкт, який автором був найменованій (тобто його, як твору мистецтва, автором, якому не потрібно було створювати сам фізичний об'єкт) твором мистецтва. У попередньому розділі було відзначено, що цей момент не без винятку. Ми звикли, що до мистецтва відносять роботи, створені в культурах чи субкультурах, де поняття мистецтва не існувало або де автори не вважають свої творіння мистецтвом. Це віднесення, однак, можна розуміти тільки як виняткове розширення застосування поняття творів мистецтва.

По-друге, межі твору визначаються її автором. Чи є уривок діалогу частиною «Генріха V», чи ні, залежить від того, чи Шекспір мав намір зробити його частиною цієї п'єси, чи ні. Зважаючи на те, що Ансельм Кіфер хотів, щоб рама була частиною його малюнка, вона є частиною малюнка. Хоча, треба визнати, відповідь може бути далеко не однозначною. Чи хотів Аристофан, щоб пізніші переробки його «Хмар» стали частиною п'єси? Він, можливо, мав намір долучити їх до письмової версії п'єси, але не до вистави [4, с. xcviij]². Це, однак, не означає, що межі твору не визначаються його автором. Це просто показує, що іноді простої відповіді на запитання: «Які межі цього твору?» — не існує.

Зважаючи на те, що твори мистецтва мають бути створені свідомо і що їхні межі визначаються їх авторами, чи можемо ми зрозуміти основний зміст будь-якого твору, за винятком посилання на намір його автора? Проблема цього твердження в тому, що воно йде врозріз з основною особливістю мистецтва, відзначеною в попередньому розділі, а саме, що твори мистецтва належать до сфери культурних об'єктів і мають розумітися незалежно від особистого контексту їх створення. Цей аспект мистецтва стосується його основного змісту так само, як і глибокого.

В італійському живописі епохи Відродження синій колір вбрання Мадонни символізує її невинність. Ми знаємо це, тому що нам відоме суспільне значення іконографії цих картин. Нам не потрібно нічого знати про наміри художника.

¹ Згідно з Кеннетом Кларком, її символізм подвійний: по-перше, тому що горностай часто використовувався як емблема Людовіко Сфорца, по-друге, тому що по-грецьки «горностай» відсилає нас до її імені (див.: [3, с. 54]). Щоб зрозуміти цей відсил, треба знати грецьку мову і знати, що Галлерані була коханкою Сфорца на час написання картини. Цей приклад показує нам гнучкість контрасту між суспільним і особистим контекстом, на який я спираюся. Зважаючи на те, що портрет було намальовано для неї і що він призначався для її родини та друзів, те, що було для них загальним знанням, стало суспільним контекстом, на фоні якого портрет має інтерпретуватися.

² Я вдячний доктору Баллоху, що звернув мою увагу на цей приклад.

Треба визнати, однак, що ми припускаємо, що художник знав це і що використовував синій колір, щоб позначити невинність Мадонни, але він міг бути халтурником, який знав про значення кольору, але мало про це дбав. Він міг навіть і не знати, хоча насправді це мало ймовірно. Він міг намалювати її вбрання синім, тому що так малювали всі, і його грошодавець скаржитиметься, якщо він не виконає домовленостей. Йому могло бути цілком байдуже, що означає синій колір, він, можливо, і не мав жодного наміру щось символізувати цим кольором. Незважаючи на це все, синє вбрання Мадонни в живописі однаково символізує її невинність. Грошодавець не міг скаржитися на те, що йому запропонували картину Мадонни без посилання на її невинність. Він не міг скаржитися, що, хоча вбрання її було синього кольору, воно не означає її невинності, бо художник не мав наміру, щоб воно було так.

Тут ми бачимо різницю між мистецтвом і законодавством. У законодавстві, *prima facie*, той факт, що текст інтерпретується всупереч намірам законодавця, заперечує його легітимність. Його легітимність впливає з повноважень законодавця створювати ті закони, які він вважає за необхідне створювати. Застосування цього аргументу обмежене й непряме¹. Але він завжди є на фоні будь-якої інтерпретації прийнятого закону. На відміну від інтерпретації в мистецтві. Автономія творів мистецтва означає, що наміри автора можна визначити як неважливі для інтерпретації його роботи, окрім випадків, коли є особливі міркування, які треба взяти до уваги.

Чи можна цей висновок узгодити з тим фактом, що твори мистецтва — це свідомі творіння, чії межі визначаються їхнім автором? Можна, адже це не зачіпає основного розуміння мистецтва й літератури як сфер людського самовираження, що лежить в основі того факту, що сама сутність мистецтва полягає в тому, що твори мистецтва зазвичай є результатами свідомого творіння. Щодо самовираження мистецтво має подвійне відношення. Будучи культурними об'єктами, твори мистецтва є водночас і творами, через які їх творці можуть виразити себе, і творами, які служать орієнтиром для роздумів, емоцій, і навіть ідентифікації для їхньої аудиторії. Представники аудиторії висловлюють себе через своє ставлення до твору.

Це твердження має сприйматися з обережністю. По-перше, воно не підпадає під експресіоністський погляд на мистецтво. Воно стосується вираження уявлень про славу Божу, порядок ангелів, благочестя жертводавця, а також про розпач від розчарованих амбіцій чи любові, або про марноту людського життя, або всепоглинаючу радість завоювання та про інші, більш традиційні, теми експресіонізму в мистецтві. По-друге, воно не має на меті заперечувати, що багато мистецьких об'єктів створюється ремісниками чи навіть халтурниками, які працюють за приписами, і не виражають нічого. Воно також не заперечує, що багато творів ніколи так і не побачать денного світла, залишаючись замкнутими в ящиках або підвалах, а багато інших є мертвонародженими, що так і не стали ні для кого об'єктом споглядання або ідентифікації. І все ж я стверджую, що більш ніж часто вони стають засобом самовираження для їхнього автора і аудиторії. Це твердження справедливе майже для всього. Мистецьким творам призначено бути засобами самовираження. Частково вони оцінюються і за тим, наскільки вдалими засобом для самовираження вони є.

¹ Щодо ролі наміру в правових інтерпретаціях див.: [2].

Це переконує у зв'язку між творами мистецтва та наміром їхнього автора і водночас підтверджує їхнє дистанціювання від нього. Люди спроможні створювати твори, які будуть виражати те, що автор мав намір виразити. Ця можливість забезпечується за рахунок того, що автор свідомо створює свою роботу і визначає її межі. Оскільки твір мистецтва — це те, що робить з нього автор, автор, у принципі, може зробити так, щоб твір значив те, що хоче автор. Але для цього автор повинен взяти до відома те, що примушує твір мистецтва означати ту чи іншу річ, і, зважаючи на це, створити роботу так, щоб вона мала той зміст, який хоче автор. Автор не може зробити так, щоб його твір мав певний зміст, маючи сам тільки намір. Так само не може автор заперечувати у своєму творі змісту тільки тому, що він про нього не думав.

Інтерпретація як відкриття

Досі аргументація була спрямована проти погляду на авторський намір як на основу інтерпретації. Вона також не кинула виклик ширшій концепції інтерпретації як витяг змісту, не пояснила природу інтерпретації творів мистецтва. Щоб зробити це, ми повинні сконцентруватися на тестовому прикладі винахідливої інтерпретації. Як це зробити? Якщо інтерпретація є витягом змісту, як може вона бути новою? Якщо це не так, яка тоді різниця між винахідливим інтерпретуванням твору і реакцією на нього, як на тест Роршаха?

Образ витягу пропонує відповідь із трьома складовими: є два шляхи, якими інтерпретація може бути новою, і один, яким не може. Це може бути нове твердження з відомим змістом, новий спосіб його формулювання. Пояснювальне порівняння, яскрава фраза, смілива заява з відомим змістом потрапляють просто в ціль через те, що вони формулюють відомі думки вражаюче новим способом. Цей вид нового, нового у формулюванні, є можливим і часто привабливим. Він відрізняється від винахідливої інтерпретації, що надає твору нового змісту. Такі інтерпретації є несумісними з образом витягу. Інтерпретація — це витяг змісту, який має твір. Вона не може виявити у творі зміст, якого раніше там не було.

Найбільш цікавим, однак, є третій шлях винахідливості. Інтерпретація не може зробити більше, ніж витягти зміст, який завжди був там, і все ж її новизна може бути не тільки в тому, щоб описати відомий зміст по-новому. Це, скоріше, питання виявлення змісту, який доти був прихований. Коли «Гамлету» вперше дали психоаналітичну інтерпретацію, це не надало йому нового змісту. Ця інтерпретація, радше, спробувала продемонструвати зміст п'єси, пояснивши мотивацію Гамлета, як то було й раніше (та й хіба могло бути по-іншому). Зрештою, п'єса ж не змінилася з появою психоаналізу. Отже, мотивація її персонажів і зміст того, що в ній відбувається, також не можуть змінитися. Інтерпретація може витягти і виявити тільки те, що вже є в творі. Інтерпретація винахідлива, якщо доти цей зміст було приховано. Є винахідливі інтерпретації, але немає нових змістів. У моделі витягу винахідлива інтерпретація — це відкриття досі невідомого змісту.

Випадок із психоаналітичною інтерпретацією «Гамлета» ілюструє цю ідею. Це приклад того, як з'являються винахідливі інтерпретації (принаймні інколи). «Відкриття» психоаналізу вможливило нові інтерпретації багатьох творів мистецтва. Тепер ми можемо переосмислювати «Гамлета» з погляду едипового комплексу тощо. Цілком зрозуміло, як стають можливими винахідливі інтер-

претації в таких випадках: відкриття певної загальної теорії чи просто відкриття загального знання про людей показує, що певні факти твору, що інтерпретується, які раніше не вважалися важливими, є важливими. Інтерпретація полягає в тому, щоб вказати на зв'язки й аналогії. Хорошу інтерпретацію відрізняє те, що ці зв'язки і взаємовідносини є важливими з погляду певних загальних теорій або загального знання про людей, суспільство тощо (або ж посилаючись на такі теорії й знання). Інтерпретації є інноваційними, якщо значення виділених ними аспектів твору не були оцінені раніше і найчастіше через те, що загальні знання не були відомі раніше.

Часом нові інтерпретації викликаються не новими відкриттями загальних знань, а новим усвідомленням того, як відомі знання стосуються подій оповідання або особливостей інших робіт. Ми приходимо до розуміння, що твір пропонує відомі загальні положення так, як досі це не усвідомлювалося. Іноді автори свідомо приховують ключі до розуміння значущості їхнього твору і тільки з часом твір відкриває усі свої секрети¹.

У цій картині винахідливої інтерпретації як відкриття є певна справедливість. Без сумніву, багато винахідливих інтерпретацій є винахідливими описаним вище чином. Однак це не повна картина. Це стосується винахідливих інтерпретацій як відкриттів прихованого змісту. Зміст «Гамлета» був завжди, хоча до Фрейда його ніхто не знав. Але ідея прихованого змісту, прихованого не від когось одного, а від усіх, викликає подив. Як це може бути змістом «Гамлета», якщо «Гамлет» не має змісту ні для кого? Хіба ж можна висловити щось, що має зміст, який прихований і невідомий і чекає на своє відкриття? Хіба ж не так само має бути з творами мистецтва? Ідея прихованого змісту і тут видається дивною.

Погляд на інтерпретацію як на відкриття надає їй подібності до наукового пояснення чи наукової інтерпретації. Відкриття спеціальної теорії відносності пояснює відхилення Меркурія від курсу, передбаченого ньютонівською фізикою. Тут інтерпретація означає саме це: пояснення події як прикладу загального закону. Але це не пояснення змісту події. Це просто пояснення події. Нас же цікавить інтерпретація як пояснення змісту. Але якщо винахідливих інтерпретацій можна досягнути просто зрозумівши, як загальні знання наводяться у творі, що інтерпретується, що ж не так із поглядом на інтерпретацію як на відкриття? Чого він не враховує?

Тут нам може допомогти дослідження шляхів критики інтерпретацій. Деяка критика доволі проста: наше переконання, що психоаналітична інтерпретація «Гамлета» не є надто хорошою, може бути пов'язане із сумнівами щодо психоаналізу, або з відчуттям, що така інтерпретація залишає занадто багато п'єси поза своїм діапазоном, що робить її неповною, або з тим, що історія Гамлета не вписується в аналітичну теорію і не гарантує, що конструкції, побудовані на її основі, будуть правильними.

Існує, однак, додатковий і набагато менш очевидний спосіб критики інтерпретації. Уявіть собі, що хтось пропонує абсурдну інтерпретацію «Гамлета», що ґрунтується на фізиці. Його інтерпретація полягає в тому, щоб показати, що всі

¹ Я оминаю багато ускладнень. Наприклад: чи значення Привида в «Гамлеті» залежить від того, чи існують привиди? Чи воно однакове, незалежно від того, існують привиди чи ні, адже йдеться лише про те, чи вірив у привидів Шекспір, або, можливо, сподівався, що в них вірить його аудиторія?

події, описані у п'єсі, узгоджуються з фізикою і що всі вони є прикладами законів руху (для цієї мети процес мовлення інтерпретується як рухи рота і легенів тощо). Припустімо, все, що стверджує наш інтерпретатор, — правильно. Ми, як і раніше, маємо право сказати, що інтерпретація п'єси аж ніяк не інтерпретація. Чому? Тому що вона цілковито оминає зміст п'єси. Якщо це так, то психоаналітична інтерпретація не може бути хорошою інтерпретацією тільки тому, що вона правильна, що дії, описані у п'єсі, ілюструють знання, виявлені психоаналізом. Інакше кажучи: психоаналітична інтерпретація може бути відхилена як невдала, або навіть як не інтерпретація взагалі (тобто як дуже невдала), хоча це може бути правильне пояснення мотивацій персонажів п'єси, так само, як інтерпретація, що ґрунтується на фізиці, може бути відхилена як не інтерпретація взагалі, хоч може бути правильним поясненням фізичних подій у п'єсі. Я не кажу, що обидві інтерпретації заслуговують на однаковий вирок. Я кажу, що якщо ні, то різниця між ними полягає в чинниках, які, як і раніше, приховано від нас. І доки так триває, ми не можемо зрозуміти, що таке винахідлива інтерпретація і, відповідно, що таке інтерпретація в цілому.

Винахідлива інтерпретація

Є спокуса сказати, що ми маємо всі шматочки головоломки при собі. Наша єдина проблема полягає в тому, що ми не розуміємо (принаймні, я не розумію), який серед них найголовніший. Із моїх попередніх роздумів випливає, що інтерпретація — це пояснення твору, що інтерпретується, яке вказує на зв'язки і взаємини між його частинами, а також між ним та іншими аспектами світу, таким чином, що: а) воно належною мірою охоплює всі значні аспекти твору, що інтерпретується (тобто не стосується тільки однієї частини роману чи не торкається лише однієї з тем і т. д.) і не суперечить жодному аспекту твору; б) показує елементи роботи як приклади певного загального знання; і в) зробивши все вищезгадане, роз'яснює зміст твору. Що успішніше буде виконано ці критерії, то кращою буде інтерпретація.

Принаймні, в одному цей спосіб з'ясування природи інтерпретації перебуває на правильному шляху: він виходить із того, що встановлює критерії якості інтерпретації, а не визначає необхідні й достатні умови для будь-чого, що може бути названо інтерпретацією. Не існує таких необхідних і достатніх умов. Зазвичай немає сенсу сперечатися або проводити межу між дуже поганою інтерпретацією і тою, яка не є інтерпретацією взагалі¹.

І все ж ця характеристика включає в себе і занадто багато, і занадто мало. Занадто мало, тому що вона оминає питання, як спосіб, яким інтерпретація впливає на цінність твору, що інтерпретується, сприяє оцінці самої інтерпретації². Оцінка творів мистецтва тільки певною обмеженою мірою залежить від їх

¹ Хоч іноді очевидно, що певна річ не є інтерпретацією і не є поганою інтерпретацією. Наприклад, якщо це не призначалось для того, щоб бути інтерпретацією. Хоча той факт, що інтерпретація має призначатися бути інтерпретацією, є найближчим до необхідних умов, він не є обов'язково обумовлений. Коли хтось говорить: «Це прекрасна інтерпретація Гамлета», маючи на увазі, що це була б прекрасна інтерпретація «Гамлета», якщо була б представлена такою, його не слід звинувачувати у необережному поводженні з мовою. Мова має здатність ставати гнучкою.

² Усвідомлення того, що це так, є основою поглядів Р. Дворкіна на інтерпретацію. Його помилка полягає не в підкресленні важливості цього фактора, а в ігноруванні інших, а також у припущенні, що існує тільки одна правильна інтерпретація.

інтерпретацій. Великою складовою оцінки творів мистецтва є те, як вміло вони виконані, те, чи відповідають вони внутрішнім критеріям якості для цього жанру мистецтва. (Коли справа доходить до випадково створеного мистецтва, два аспекти цього тесту розпадаються: загальні критерії успіху продукту не є більше критеріями майстерності його виконання.) Але до певної міри оцінка залежить від важливості предмета твору. Якщо твір є відображенням лише незначного аспекту людських стосунків, то він менш цінний, або ж не є таким якісним твором мистецтва, як той, що має справу з фундаментальною дилемою людського життя, якщо така дилема справді присутня¹. Водночас інтерпретація, яка показує зміст твору як такий, що стосується найважливішого, є, *pro tanto*, кращою інтерпретацією, ніж та, яка показує зміст твору як такий, що стосується менш важливих речей². Суперечки про те, що є важливим, а що ні, є постійним джерелом суперечок, яка інтерпретація краща.

Занадто далеко характеристика інтерпретації, запропонована мною, заходить у твердженні, що, лише представивши аспекти твору як приклади загального знання, можна показати або пояснити зміст твору. Це погано узгоджується з тим, що вистави можуть бути інтерпретаціями. І взагалі існують інші способи виявити зміст твору, ніж показавши його як приклад певного загального знання. Не всі пояснення стосуються без винятку загальних знань, принаймні істотним чином. Пояснення людської діяльності, посиляючись на причини і мотиви людей, кидає відомий виклик таким узагальненням. Інтерпретація твору мистецтва міститиме пояснення твору. Але підійде пояснення будь-якої моделі.

Усе це корисно і важливо. Але нам, як і раніше, не вистачає загальної характеристики, що можна вважати таким, що показує чи пояснює зміст твору. Але чи справді тут є проблема? Усе, що нам потрібно (ви можете сказати), — це пояснення того, що означає для твору мистецтва мати певний зміст. Щойно ми це зрозуміємо, не лишиться жодних проблем з інтерпретацією. Інтерпретація — це будь-що, що дає змогу зрозуміти цей зміст. Це також справедливо. На самому початку я наполягав на тісному зв'язку між інтерпретацією і змістом. Якщо ми зрозуміємо хоча б одне з цих понять, ми зрозуміємо обидва. Але звідси випливає, що, щоб пояснити один, треба пояснити обидва: ми не можемо вважати, що пояснимо інтерпретацію, не пояснивши зміст, принаймні до певної міри. Існує простий, хоча, можливо, не зовсім проникливий, спосіб з'ясувати елементи, яких нам бракує в нашому розумінні. Інтерпретація є тлумаченням твору, що інтерпретується, яке пояснює, чому твір є важливим і до якої міри. Це показує, що було правильного у тому, що нова інтерпретація може постати з відкриття певних загальних знань. Оскільки кожна інтерпретація є поясненням твору, вона може стати доступною, коли відбудуться нові відкриття. Однак, як ми вже бачили, і як це поширене розуміння дозволяє, не кожне пояснення, хай яким успішним воно б не було, є інтерпретацією. Воно є інтерпретацією тільки, якщо, пояснюючи твір, воно також висвітлює, робить зрозумілим, чому цей твір є важливим і до якої міри. Пояснення «Гамлета», що ґрунтується на фізиці, вигадане мною раніше, не відповідає цьому критерію.

¹ Зауважте, що краса твору мистецтва не є фундаментальною категорією його оцінки. Важливість теми не впливає на красу твору мистецтва, але впливає на його якість.

² Ці позиції розвивають далі припущення, зазначене в розділі «Твори мистецтва як культурні об'єкти», що будь-який твір мистецтва є правильним об'єктом для «поглиблених» інтерпретацій.

Далі зробимо спробу звести до купи всі позиції, висловлені на цей момент: інтерпретація — це пояснення твору, що інтерпретується, яке вказує на зв'язки і взаємини між його частинами, а також між ним та іншими аспектами світу, таким чином, що: а) воно належною мірою охоплює всі значні аспекти твору, що інтерпретується (тобто не стосується тільки однієї частини роману чи не торкається лише однієї з тем і т. д.) і не суперечить жодному аспекту твору; б) показує елементи роботи як приклади певного загального знання; і в) зробивши все вищезгадане, роз'яснює зміст твору і з'ясовує (наскільки це можливо) ті чи інші причини, через які до твору привертається увага як до твору мистецтва певного виду. Що успішніше буде виконано ці критерії і що важливіше значення буде обґрунтовано надано твору, то кращою буде інтерпретація.

Отже, інтерпретація — це пояснення аспектів твору, які пояснюють причини, чому на цей твір треба звертати увагу як на твір мистецтва певного виду.

Моє посилення на «причини, чому на цей твір треба звертати увагу як на твір мистецтва», має на меті виключити головним чином ті причини, які є для того, щоб звернути увагу на твір як на свідчення про характер і життя його автора, або інших людей, або про звичаї описуваного періоду тощо. Це передбачає, що концепція мистецтва визначатиме, що вважати належним ставленням до твору, які причини можуть бути для приділення уваги творам мистецтва. Це не дає визначенню бути занадто суб'єктивістським. Різні люди мають різні причини, і визначення дозволяє це. Але тільки певні причини є належними причинами, щоб приділити увагу твору як твору мистецтва, і це накладає обмеження на ступінь, до якого різниця у причинах різних людей призведе до різних інтерпретацій. Навіть такий спосіб розуміння інтерпретації пропонує початкове пояснення, чому кілька взаємовиключних інтерпретацій можуть приваблювати людину. Щоб розвинути далі це визначення, треба продовжити дискусію щодо суб'єктивності інтерпретації — теми, яку тут ми не можемо зачіпати.

Натомість відзначу, що це розуміння припускає, що деякі з великої кількості хороших, хоч, може, і несумісних пояснень, належним чином і обґрунтовано торкаючись одних людей, інших лишають байдужими. Інтерпретація є хорошою, якщо пояснення, продуковане нею, демонструє вагомі причини для (деяких) людей звернути увагу на твір мистецтва. Але люди відрізняються, і тим часом як всі мають визнати, що інтерпретація хороша, бо відображає причини, чому деякі люди (скажімо діти) мали б звернути увагу на твір, для тих, хто не є дітьми, це не причини і отже, вони не мають жодного інтересу до інтерпретації.

Дух нетерпимості часто змушує людей заперечувати обґрунтованість інтерпретацій, до яких вони не мають жодного інтересу. Але далекоглядним людям знати краще. Їм відомо, що хороша інтерпретація може бути такою, тому що відображає причини, через які певні люди мають звернути увагу на твір, і вони знають, що немає потреби заперечувати цінність інтерпретації (це було нерозумно) тільки тому, що вона не становить для них жодного інтересу.

Непостійність інтерпретації

Характеристика інтерпретації, запропонована вище, доволі абстрактна. Вона вимагає ретельної конкретизації, щоб проілюструвати її застосування до різних видів мистецтва, і ретельної адаптації, щоб її можна було застосувати до інтерпретації інших об'єктів, а не лише творів мистецтва. Один момент, в якому пояснення є специфічним для інтерпретації творів мистецтва і водночас дуже

неповним, полягає в його залежності від існування стандартів, що визначають жанр, і способів визначення, до якого жанру належить твір. Хоча це питання не може бути досліджене тут, я вважаю, що інтерпретація творів мистецтва за своєю суттю передбачає, що твір належить до певного виду мистецтва зі своїми власними визначальними стандартами якості¹. Лише зважаючи на жанр твору, можна визначити причини, щоб звернути увагу на цей твір. Якщо це психологічний роман, то психоаналітична інтерпретація може бути прийнятною, коли ж ідеться про релігійну алегорію, то така інтерпретація буде все одно, що пояснювати всі події роману з погляду фізики: справедливе твердження, яке не є інтерпретацією взагалі, або, у будь-якому разі, є невдалою інтерпретацією, що оминає суть твору. Інтерпретації виявляють причини звернути увагу на твір, до тої міри, до якої ці причини існують. Але — повторюю — не кожна причина веде до інтерпретації. Свідчення, які надає нам твір, про кулінарні звички певного часу не є релевантними. Релевантні причини відрізняються від нерелевантних тим, що вони є причинами, щоб звернутися до твору як до твору мистецтва свого виду. Тому вимагається розуміння мистецтва і його жанрів.

Звісно, твори можуть належати до більш ніж одного жанру, що є ще одним джерелом для можливості багатьох хороших, але несумісних інтерпретацій. Запропоноване мною розуміння пояснює, що інтерпретацій і змістів творів мистецтва може бути багато, але що вони можуть змінюватися і що вони таки змінюються. Вони змінюються, коли причини, щоб звернутися до твору, змінюються. Причини змінюються, тому що в людей змінюються обставини. Причини, через які люди в сучасному постіндустріальному суспільстві цікавляться творами класичних Афін, не є однаковими з причинами людей епохи Відродження чи афінян періоду правління Перикла. Для тогочасних афінян — на відміну від людей епохи Відродження — мистецтво їхніх днів не виявляло культури, втраченої протягом багатьох поколінь, так само й не відкривало їм — як нам — витоки мистецтва Західної Європи за останні два тисячоліття. Коли один твір впливає певним чином на інший, або на життя чи сприйняття людей, він набуває нового змісту, тобто слугуючи прообразом подальшого розвитку. Це лише кілька з безлічі способів, якими причини, щоб звернутися до твору мистецтва, можуть змінитися.

Процес зміни — це не процес приросту. Деякі причини втрачають свою силу. Предмет старовини — це предмет, який зображує і висвітлює, іноді блискуче, проблеми, які турбували людей у певний період часу і які можуть бути зовсім не цікавими більше. Більшість творів мистецтва мають свої «часові аспекти», тобто зміст для поколінь їхніх сучасників, якого вони не мають для пізніших поколінь. Твори мистецтва набувають нового змісту і позбуваються частково старого.

Чи робить це інтерпретацію і зміст суб'єктивними? Ні. Це робить їх у певному розумінні відносними. Мати зміст означає мати зміст для когось. Я стверджую, що це робить їх у певному розумінні відносними, тому що ми використовуємо терміни «зміст» і «інтерпретація» в нерелятивізованому розумінні. Саме в тому розумінні, в якому я використовую ці терміни, і яке дозволяє мені сказати, що зміст творів мистецтва може зазнавати змін. У релятивізованому розу-

¹ Породжуючи, таким чином, теоретичні й, більш болючі, практичні проблеми розуміння й оцінки творів мистецтва, що виходять за межі жанрів.

мінні зміст не змінюється. Зміст мистецтва часів Перикла для афінян лишається тим самим, як і його зміст для епохи Відродження або для дев'ятнадцятого століття. Якщо ми розглядаємо «інтерпретацію» і «зміст» у релятивізованому розумінні, новий зміст виникає, але жоден не зникає. Тож чи є «зміст» і «інтерпретація» відносними чи ні? І так, і ні, а, краще сказати, що ми використовуємо ці терміни і в релятивізованому, і в нерелятивізованому розумінні.

Окрім того, що причини людей міняються відповідно до обставин, причини, які вважаються релевантними для інтерпретації мистецтва, змінюються разом зі змінами в понятті мистецтва. Назви деяких «шкіл» мистецтва натякають на такі зміни: експресіонізм приносить із собою нове розуміння, про що йдеться, мистецтва і як його слід розуміти; використання *objects trouves* або комбінацій редімейд предметів тощо впливає на переміни в нашому розумінні змісту мистецтва, так само як і поява оп-арту (оптичного мистецтва), використання стробоскопів тощо.

Чи ці роздуми про непостійність інтерпретації, про той факт, що інтерпретації, співіснуючи зі своїми суперниками, приходять і відходять, передбачає, що інтерпретації, швидше, нав'язуються твору, ніж відкриваються в ньому? І чи не випливає з цього, що судження про те, наскільки хорошою є інтерпретація, має бути суб'єктивним, виражаючи власне почуття, а не об'єктивним? Аж ніяк. Судження про якість інтерпретацій не є більш суб'єктивним, ніж судження про якість автомобіля, хоча в обох випадках причини звернутися до твору чи придбати автомобіль, полягають, у певному сенсі, не в творі, а в обставинах життя, наприклад у необхідності повсякденно долати великі відстані.

Відмова від витягу змісту

Нормативний характер інтерпретації, її залежність від причин, пояснюючи можливість зміни, заперечує образ інтерпретації як витягу змісту. Багато авторів тріумфально стверджують, що зміст тексту не «в самому тексті», на тій підставі, що позначки на папері тощо не мають сенсу, окрім як у контексті мовної практики, що вимагає існування, принаймні в якийсь момент часу, суспільної групи, яка поділяє розуміння однакової мовної практики. Це тривіальне положення, ніколи ніким не оскаржене, не має нічого спільного з тим, як інтерпретація може бути винахідливою, показуючи зміст твору, який твір не завжди мав. Якщо все обмежується тим, що твори мистецтва також мають зміст тільки тоді, якщо є суспільство, чії практики встановлюють художні жанри і стандарти, які можуть бути застосовані до творів мистецтва, тоді образ витягу буде правильним, і не буде жодної логіки в думці, що зміст залежить від того, хто його споглядає.

Завдає поразки образу витягу нормативність інтерпретації, її залежність від причин, і той факт, що ці причини можуть варіюватись і змінюватись. Слід зазначити два складних моменти, пов'язані з цим твердженням. По-перше, як може зміст твору змінитися без зміни самого твору? По-друге, проблема, піднята вище: як може інтерпретація бути новою? Чи ж не повинен зміст будь-чого лежати на поверхні, тобто бути відомим для всіх, хто знає відповідну «мову»?

Наші концепції є комплексними і гнучким. Ми не повинні обмежуватися певними особливостями наших концепцій на шкоду іншим. Певна річ, мотивація Гамлета не може змінитися, якщо тільки Гамлет не зміниться сам у ході п'єси. Ось чому деякі нові інтерпретації, наприклад психоаналітична інтерпре-

тація, є відкриттям мотивації Гамлета. Але вони, як і всі інтерпретації, пов'язані з певним підходом до твору, певною сукупністю причин зацікавитися твором. Підходи можуть змінюватися, якщо міняються наші причини для інтересу до цього твору. Ми можемо розуміти Гамлета як того, хто, втративши орієнтацію під впливом нової культури (в цьому випадку Відродження), позбувається надійної опори, що її давала йому культура, в якій він виховувався, і страждає від краху впевненості в собі, краху, що стає очевидним після вбивства його батька і поспішного повторного шлюбу його матері. Ця інтерпретація має інший підхід, ніж психоаналітична. Тут інтерес зосереджено не на психології індивіда, а на взаємодії культури та відчуття себе. Цим підходом відзначено інтерпретаційні моменти, які є справедливими для Гамлета (якщо вони є справедливими взагалі) безвідносно до часового періоду, вони є справедливими для нього завжди. П'єса не змінилася, і те, що є для неї справедливим, було, вочевидь, справедливим завжди. Але сам підхід є новим. Інтерес до п'єси є новим, і отже, інтерпретації, запропоновані з точки зору цього підходу, є новими. З появою цього підходу п'єса набула нового змісту. Оскільки зміст залежить від нормативного підходу, він може змінюватися, коли цей підхід міняється. Наша концепція спроможна вмістити обидва способи розуміння змісту: і позачасовий, з одним і тим самим підходом, і змінний, зі зміною підходів.

Підходи виникають завдяки змінам у культурі й умовах життя. Будучи нормативними, вони виникають, коли виникають нові причини для нового інтересу. Революційні інтерпретації користаються з цього. Вони пропонуються тими, чий погляд на твір натхнено новими підходами, перш ніж вони досягнуть інших чи перш ніж знайдуть вираження в руках інших. Вони вихоплюють значущість твору, застосовуючи цей новий підхід. Їх інтерпретації можуть самі прискорити це виникнення і впливати на напрям і зміст нового підходу. Менш революційні, та однаково нові, інтерпретації застосовують до твору підхід, який вже є загальноновизнаним у культурі, але цей твір ще не розглядався у такому світлі. Тут існує широкий спектр різних прикладів для вивчення досліджуваних культур. Усі вони відображають різноманітні тонкі поєднання відомого й нового, а також те, яким чином зміст є у творі, а інтерпретація лише формулює його, і те, яким чином формулювання саме може розглядатися як таке, що впливає на зміст, частково надаючи твору нового значення. У цьому розумінні інтерпретація творів мистецтва є невід'ємною частиною творчого процесу.

Із цього погляду інтерпретація творів мистецтва може вважатися унікальною. Певна річ, інтерпретація історії не надає історії ніякого змісту, історію роблять не інтерпретації, а люди, яких ця історія стосується. Мистецтво є особливим у тому, що це частина його природи (що впливає з припущення на користь інтерпретацій, які показують інтерпретовані твори як такі, що несуть у собі важливі проблеми) — бути дзеркалом нашого життя та світу. Історія і законодавство не є дзеркалом, вони існують, створені своїми авторами, і ті хто їх інтерпретують, мають лише зрозуміти їх. Чи все ж вони є дзеркалом? Запропоноване тут розуміння стосується напряму тільки творів мистецтва. Необхідна ретельна видозміна, щоб застосовувати її до інших об'єктів інтерпретації. Але, на мій погляд, подібності між різними сферами інтерпретації, є, принаймні, не менш вражаючими, ніж відмінності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Raz J. Morality as Interpretation: on Walzer's Interpretation and Social Criticism / J. Raz // Ethics. — 1991. — 101. — P. 392.*
2. *Raz J. Intention in Interpretation / J. Raz // The Autonomy of Law. — Oxford : Oxford University Press, 1995.*
3. *Kenneth Cl. Leonardo Da Vinci / Cl. Kenneth. — Harmondworth, Penguin Books, 1939.*
4. Aristophanes «Clouds», ed. K. J. Dover. — Oxford : Oxford University Press, 1958.

Раз Дж. Інтерпретація без витягу змісту

Анотація. У статті автор пропонує розуміння проблем інтерпретації на прикладі інтерпретації творів мистецтва. Визначено мету розглянути, як наміри авторів творів можуть впливати на інтерпретацію. Для цього введено поняття «глибокий» і «основний» рівні змісту. Автор статті доводить сутність творів мистецтва як об'єктів культури, на основі чого обґрунтовує незалежність інтерпретації творів мистецтва від наміру їх автора. Пояснено природу винахідливої інтерпретації і її важливість для розуміння інтерпретації в цілому. На основі залежності інтерпретації творів мистецтва від змін причин звернутися до цих творів автор заперечує образ інтерпретації як витягу змісту.

Ключові слова: тлумачення, витяг, «глибокий» і «основний» зміст, наміри автора.

Раз Дж. Інтерпретація без извлечения смысла

Аннотация. В статье автор предлагает понимание проблем интерпретации на примере интерпретации произведений искусства. Поставлена цель рассмотреть, как намерения авторов произведений могут влиять на интерпретацию. Для этого вводятся понятия «глубокий» и «основной» уровни смысла. Автор статьи доказывает сущность произведений искусства как объектов культуры, на основе чего обосновывает независимость интерпретации произведений искусства от намерений их автора. Объясняется природа изобретательной интерпретации и ее важность для понимания интерпретации в целом. На основе зависимости интерпретации произведений искусства от изменений причин обратиться к этим произведениям автор отвергает образ интерпретации как извлечения смысла.

Ключевые слова: толкование, извлечение, «глубокое» и «основное» содержание, намерения автора.

Raz J. Interpretation without Retrieval

Summary. This article proposes an account of interpretation problems in terms of the interpretation of art works. The purpose is to show what role authors' intentions play in interpretation. Thereto two levels of meaning, «deep» and «basic», are introduced. The author of the article proves that art works should be considered as cultural objects and supports by this the idea of independence of the interpretation of art works from their authors' intentions. The nature of innovative interpretation, as well as its significance for understanding of interpretation in general, is explained. Because of the dependence of interpretation of works of art on the fact that reasons for attending to a work of art may change the author refutes the image of interpretation as retrieval.

Key words: interpretation, retrieval, «deep» and «basic» meaning, authors' intentions.

ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ПРАВА¹

С. ГЕСТ
професор філософії права
(Університетський коледж Лондона,
Велика Британія)



Рональд Дворкін стверджує, що інтерпретація є однією з двох сфер розуміння у людському знанні, і що інтерпретація стоїть поряд із наукою (його твердження, здається, не виключає ані інтерпретації в науці, ані присутності емпіричних фактів у дискусії про цінності). Спільною для інтерпретації у всіх галузях є мова наміру і мети, що виявляється, коли ми говоримо про «значення» чогось. І хоча, на думку Дворкіна, інколи дещо дивним виглядає твердження про те, що інтерпретація є «єдино правильною», він також вважає, що дивно казати про те, що всі інтерпретації є лише цікавими підходами. Йдеться про дещо більше: якщо ми вважаємо інтерпретацію найкращою, то здається дуже дивним казати, що всі інші інтерпретації є однаково добрими. Хоча інтерпретаційні судження часто називають не істинними, а «більш-менш розумними», або «розсудливими чи нерозсудливими», на думку Дворкіна, це не рятує, оскільки не існує критерію розмежування «істинного» та «найбільш розумного». Радше те, що потрібно, є критерієм того, що найкраще — успіху у справі — і те, що найкраще в науці, є чимось вочевидь відмінним від успіху там, де йдеться про оцінку; обидві справи, утім, потребують найкращого. Таким чином, вони розрізняються не за своїм правом на істину, а тільки за своїм критерієм успіху. Звісно, інтерпретація є інтерпретацією чогось:

Інтерпретація — це соціальний феномен. Ми можемо інтерпретувати, як ми це робимо, тільки тому, що існують практики, або традиції, інтерпретації, до яких ми можемо приєднатись... Ми шукаємо цінність — сенс — в інтерпретації та відповідальні за «просування цієї цінності» [1, с. 131].

Виходячи з такого розуміння єдності цінності, інтерпретація йде «завжди далі», і тому «єдність цінності» — це питання інтерпретації тільки в сенсі того, як нам слід інтерпретувати речі.

Хоча деякі зміни у підході Дворкіна до правової і політичної філософії, особливо ідея інтерпретації, виникли після того, як деякі його важливі тези стали добре відомими, ідея інтерпретації проливає світло на його ранні роботи.

¹ Стаття являє собою дещо скорочений варіант четвертої глави книги Стефена Геста, присвяченої дослідженню творчості Рональда Дворкіна. (Див.: Guest, Stephen. Ronald Dworkin / Stephen Guest. — 3rd ed. — Stanford, California : Stanford University Press, 2013. — P. 65–82). Друкується з письмового дозволу видавництва Stanford University Press. Переклад з англійської С. Максимовою і Н. Сатохіною.

В «Імперії права» він має на меті показати недоліки того, що ми називаємо підходом до права як до «простого факту» (*«plain fact» approach to law*). У «Справедливості для їжаків» він дає зрозуміти, як далеко він збирається поширити інтерпретацію — не менш ніж на всі оціночні судження й утворення тієї частини знання, яка не є наукою.

Описання і парадигми права

Ми можемо протиставити описання «нормативності». Опис того, що ми спостерігаємо, — «емпірично» нам відомого — становить звичайний смисл описання. Натомість нормативні твердження говорять нам про те, що ми повинні робити (засудити або схвалити... список може бути довгим) відповідно до стандарту. Харт у «Понятті права» вдало привернув увагу до існування стандартів, необхідних для розуміння врегульованої нормами поведінки. Ідея інтерпретації Дворкіна не спрямована на те, щоб уникнути описання і нормативності. Радше йдеться про те, що сама природа деяких понять є такою, що вони можуть бути зрозумілі тільки в інтерпретації. Це *оціночні поняття*. Найбільш швидкий спосіб їх зрозуміти — через ідею їх «сенсу». Ми можемо описати певну людську діяльність, не роблячи жодних тверджень щодо сенсу або мети цієї діяльності. Так, суто описова характеристика гри в шахи може мати безліч форм, наприклад, таку як «пересування фігур на дошці». Це не пояснює нам, що таке шахи. З іншого боку, адекватна характеристика шахів потребує певної оцінки їх сенсу; тому вона є потенційно дискусійною. Якщо я розкрию деталі правил і тоді скажу, що сенс гри полягає у тому, щоб виграти, багато хто погодиться. Однак я можу піти далі і сказати, що гра є інтелектуальною, і це потребує використання тільки інтелектуальної стратегії, а не примушування противника здатися у будь-який спосіб (наприклад, за допомогою обману). Я можу сказати, що сенс шахів у розвитку інтелектуальних здібностей гравців, і що перемога є лише другорядною метою; це пояснило б, чому, наприклад, було б шахрайством виграти за допомогою обману.

Дворкін припускає існування рівня описання, який забезпечує розумний консенсус: ніхто не вважає м'ячі для регбі прийнятними для гри в шахи. Правила на зразок того, що пішаки можуть ходити тільки вперед, можна зрозуміти як питання описання — і тому, у термінах Дворкіна, *до-інтерпретаційне (pre-interpretive)* — оскільки існує розумний консенсус щодо змісту правил. Коли Дворкін припускає, що навіть ці до-інтерпретаційні дані є самі по собі предметом інтерпретації, він дає зрозуміти, що для інтерпретаційних понять різниця між описанням та інтерпретацією залежить передусім від ступеня визнання; ми можемо описати єдину думку. Це стає зрозумілим з його міркувань про парадигми права¹. Парадигми права являють собою відносно несуперечливі описання стандартних підходів до праворозуміння. Вони є парадигмами тільки в силу їх значною мірою несуперечливого визнання; у межах парадигми можливі відхилення (і в цьому сенсі думати, що світ не є пласким, у Темні віки не було безглуздою помилкою). Парадигми, відповідно, «концептуально» не відрізняються від інтерпретацій. Ми не можемо уникнути оцінки, і тому інтерпретація сама по собі є інтерпретаційною ідеєю. Взятє у термінах «сенсу», це відкрите для інтерпретації питання про те, має практика сенс чи ні. Таким чином, люди можуть

¹ Див. посилання у [1] і [2].

розсудити, чи має така гра, як шахи, якийсь сенс, або навіть чи повинне право мати сенс. Інакше кажучи, якщо описання здається таким, що зливається з інтерпретацією, вимоги більш точного розмежування може бути дотримано тільки за умови, що сама вимога має сенс.

Ідея «парадигм» передбачає наявність чогось, що буде вважатися дивним. Якщо існує консенсус, простір збігу точок зору на те, що саме утворює право, то, звичайно, цей консенсус служить для інформування нас про те, що є безспірним правом. Утім заперечення «позаправових підстав» ігнорує той вирішальний факт, що консенсус є збігом точок зору, кожна з яких має окреме обґрунтування. Знову ж таки, думка про те, що існують особливі, чіткі норми права, є результатом співіснування окремих точок зору, а не їх вихідним пунктом. Парадигми мають свій сенс, оскільки вони діють як стабільні платформи для вироблення смислу на основі аргументів. У цьому сенсі той, хто відкидає парадигму, робить помилку щодо, як говорить Дворкін, «парадигмального якоря інтерпретації» [1, с. 73].

Далі, і це впливає з наведеного вище, можна відійти від інтерпретації і сказати як те, що це є найкращою інтерпретацією, так і те, що результат не є хорошим; ми все ще визначаємо різницю між найкращим можливим станом чогось та ідеалами. Це є спільним у праві. Судді часто пропонують інтерпретацію права, а потім говорять, що право не повинне бути таким, яким — правильно інтерпретоване — воно є. Коли судді висловлюють це, вони в дійсності пропонують інтерпретацію своїх власних судових обмежень. Корисно порівняти двох не згодних один з одним суддів, лорда Саймона (*Lord Simon*) і лорда Кілбрендона (*Lord Kilbrandon*), у широко відомій англійській кримінальній справі, де Палата Лордів виправдала людину, яка брала участь у вбивстві під примусом. Лорд Саймон вважав, що суддя може створювати нове право, але не там, де законодавець є «мудрішим»:

Я цілком щиро визнаю, що судді дійсно створюють право. І я цілком підтримую тих суддів, які сміливо беруть на себе цю відповідальність у належний час і в належному місці, тобто там, де вони можуть бути впевнені в тому, що можуть передбачити і правильно зважити всі наслідки своїх рішень, і де справа не стосується питань соціальної політики, для вирішення яких краще підходить колективна мудрість парламенту [3, с. 695–696].

Точка зору лорда Кілбрендона є суворішою; судді не мають права приймати такі рішення:

Підстави, з яких більшість пропонує скасувати засудження апелянта, пов'язані із змінами у законодавстві, які знаходяться за межами функцій вашої світлості у здійсненні правосуддя... Сучасне суспільство справедливо воліє здійснювати цю функцію самостійно і прекрасно робить це через своїх представників у парламенті [3, с. 700–701].

Резюмуючи, Дворкін пропонує нам нове бачення права. На перший погляд, це бачення стосується складних справ (*hard cases*), що характеризуються в ході розгляду галузей права, дискусійність яких фундаментальніша, ніж це відображає просте визначення їх як периферійних, або півтіні важливіших законів. З іншого боку, більш глибоке розуміння показує нам, що, з огляду на конвенціональну природу правових парадигм, усі справи можуть бути складними справами, і що справжня проблема полягає не в різниці між зрозумілим і незрозумілим, а в якості базового правового аргументу, який обґрунтовує застосування примусу з боку спільноти.

Сенс інтерпретації

Дворкін зазначає, що ми повинні зробити з поняття, яке інтерпретується, «найкраще», чим воно може бути. Це досить абстрактно, частково тому, що Дворкін прагне утвердити зв'язок між інтерпретацією в науці та оціночним судженням. Існує чудова метафора про «виставлення речі у найкращому світлі»; ми знаємо, що чисті інтерпретації існують («Гамлет» є лише п'єсою про хороші манери), і що хороші інтерпретації є кращими. Якщо ми приймаємо це, ми повинні визнати, що належна інтерпретація передбачає залучення відповідних аргументів. Типове заперечення проти цього загального підходу полягає в тому, що «найкраще» викликає запитання, і що інколи ми повинні намагатись виставити речі у «найгіршому» світлі. Люди, схильні до такої думки, схоже, скептично ставляться до загальноприйнятих практик. Однак тут втрачається ідея Дворкіна; він не стверджує, що кожна практика має бути витлумачена як морально добра, а тільки те, що її потрібно розглядати у світлі найкращих із можливих у цьому випадку аргументів; це питання пояснення, а не ідеології. Розглянемо історичну інтерпретацію. В ідеї найкращої інтерпретації підйому Адольфа Гітлера немає нічого, що змушувало б нас показувати його як морально доброго. Написання найкращого з можливих його портретів сумісне із зображенням його як найгіршого з можливих монстрів. У належному значенні «кращого», кращої інтерпретації Гітлера не можна досягти шляхом заперечення фактів, розуміння подій тільки з його точки зору або обмежуючи інтерпретацію лише історичними матеріалами з його досьє:

Я не маю на увазі, що будь-який рід діяльності, який ми називаємо інтерпретацією, має на меті зробити найкраще з того, що інтерпретується — ані наукова інтерпретація Голокосту не намагається показати мотиви Гітлера у найпривабливішому світлі, ані той, хто прагне показати сексистський ефект коміксів, щоб знайти несексистське прочитання — а тільки те, що це так у звичайних, або парадигмальних, випадках творчої інтерпретації [4, с. 421]¹.

Дворкін гадає, що є сенс у, так би мовити, «пояснювальній» інтерпретації історії. Хоча не вся історія є інтерпретаційною. Йдеться про описання, коли ми говоримо, наприклад, що існують «колективні» наміри, такі як «американці прямують до незалежності», і певна історія є лише «повторенням» [1, с. 23]. Проте історична інтерпретація спирається на «власне уявлення про сенс і цінність» історика, й історики намагаються «зробити минуле зрозумілим для сучасного». Дворкін наводить приклад історичної інтерпретаційної суперечності, розглядаючи полеміку Герберта Баттерфілда (*Herbert Butterfield*) з інтерпретацією Вігом (*Whig*) історії Маколея (*Macaulay*) (згідно з яким британська історія демонструє прогрес до більш досконалого суспільства). На противагу цьому, як він говорить, Баттерфілд гадав, що історія відводить нас «від світу загальних ідей», проголошеного Маколеєм.

Я вважаю, що ідея Дворкіна про те, що інтерпретація вимагає оцінки, є достатньо абстрактною для того, щоб отримати визнання (тобто вона є фактично поза-ідеологічною (*virtually non-ideological*)): вона лише говорить про те, що

¹ У «Справедливості для іжаків» Дворкін знов говорить про те, що феміністська критика, яка виявляє сексизм, часто спрямована на відсутність відповідальності у тієї частини критиків, що ігнорують його. Він називає такий брак відповідальності «поразкою важливої і традиційної критичної відповідальності» [1, с. 143].

пояснення є кращими, коли причини підтримати їх є серйозними. Оскільки люди мають власну точку зору на те, що є «найкращим світлом», суперечність існує на всіх нижчих рівнях, і вищий рівень сам по собі може, за його теорією, бути переглянутий. Абстрактний характер інтерпретації є привабливим, на мою думку, тому що він абстрагується від змістовних аргументів щодо того, що є найкращою інтерпретацією. Він також вказує на платформу для згоди між двома учасниками, які все-таки пропонують конкуруючі інтерпретації.

Процес інтерпретації права

Як інтерпретація застосовується до соціальних практик, таких як право? Дворкін говорить, що ми можемо розуміти соціальну практику у три способи: *до-інтерпретаційно, інтерпретаційно і пост-інтерпретаційно (pre-interpretively, interpretively and post-interpretively)*. Розглянемо спочатку до-інтерпретаційне розуміння. Уявімо суспільство, в якому існує соціальна практика, яка вимагає від чоловіків вклонятися жінкам проходячи повз них на вулиці. У цьому суспільстві ніхто не думає про цінність такого правила. Жодний сенс не приписується йому. Здійснений Хартом аналіз слідування правилам пояснює цю поведінку [5, с. 56–58, 82–91]. Члени суспільства просто приймають цю практику. Йдеться не просто про те, що чоловіки вклоняються за звичкою або роблять це «як правило». Це радше свідчить про існування у дійсності правила ввічливості, яке вимагає цього. Те, що існує таке правило ввічливості, означає, що чоловіки постійно вклоняються, зустрічаючи жінок. Така поведінка поєднується з послідовною критикою відхилень від цього зразка. Наступна необхідна риса, за Хартом, полягає у тому, що ця критика заснована на розділених, принаймні деякими членами суспільства, аргументах на користь того, що люб'язність є настільки необхідною. Коли ми обстоюємо існування цієї соціальної норми без посилання на її сенс, це свідчить, на думку Дворкіна, про до-інтерпретаційне розуміння твердження про те, що соціальні норми ввічливості щодо жінок існують.

В аналітичному плані до-інтерпретаційна та інтерпретаційна стадії можуть бути розмежовані як два способи розуміння існуючої соціальної практики, або правила. Ми можемо тепер уявити, що згодом люди почнуть запитувати, у чому полягає сенс правила — чому чоловіки повинні дотримуватись його — і що їх відповіді будуть різними, залежно від того, чого потребує практика в кожному окремому випадку. Відповідно можна виокремити два етапи цієї «інтерпретаційної» фази: на першому етапі відбувається запитування і надання «значення» соціальній нормі ввічливості, а на другому — виникає питання про поширення цього значення на окремі випадки. Ми можемо пересвідчитись у цьому розмежуванні на прикладі ігор, таких як крикет, у якому опис правил відрізняється від обговорення його сенсу (чи є він веселим? чи є він демонстрацією майстерності? чи є він суперництвом?), що, у свою чергу, відрізняється від способу інтерпретації окремих правил (чи включає «боулінг» кидання? чи удар, нанесений знизу?).

Друга інтерпретаційна фаза виникає, коли люди ставлять під сумнів сенс правила і пропонують обмежити або розширити сферу його застосування. Ті, хто гадають, що розглядуване вище правило втілює повагу до «слабкої» статі, можуть думати, що вклонятися не обов'язково, якщо жінка виконує «чоловічу» роботу або є лесбіянкою. Ті, хто розглядають уклін як прояв поваги до людей,

які здатні народжувати дітей, можуть не вважати, що правило має поширюватися на стару діву або дружину у бездітній парі. Третя, пост-інтерпретаційна, фаза виникає, коли існує згода щодо сенсу правила і обмежень або поширень, які на даний момент застосовуються; Дворкін говорить, що це відбувається, коли інтерпретація «згортається» («*folds back into itself*»). Це трапиться, якщо спільнота вирішить встановити — можливо, але необов'язково, у судовому рішенні — деяке окреме значення. Згодом значення стає у згаданому сенсі до-інтерпретаційним, і процес може розпочатися знову.

Цей рух від до-інтерпретаційного до інтерпретаційного розуміння має велике значення у філософії права, так само як рух Харта у «Понятті права» від «до-правового» до «правового» суспільства. Для Харта, аналітичне, до-правове суспільство складається з самих правил-зобов'язань (*rules of obligation*). Тільки в результаті додавання вторинних, або забезпечених примусом, правил, з'являється те, що він називає «сучасною системою національного права». Розгляд руху Харта як інтерпретаційного підірвало б проголошену ним мету «описової соціології»; ми можемо запитати, у чому полягає сенс хартової характеристики права. Він досить ясно стверджує, що право могло б служити цінностям — впевненості, прогресу та ефективності. Вторинні правила допомогли б запобігти «вендеті» (слово Харта) через створення судової системи, уможливили б прогрес через законодавчий процес і стабілізували б життя, створюючи впевненість у визначенні права через правила визнання [5, ch. 5]. Ця лінія аргументації потребує пояснення. Підхід Харта є, імовірно, хорошим описанням для деяких правових систем (головним чином англо-європейських) до-інтерпретаційної стадії, оскільки це підхід, який люди сприймали б (і сприймають) як досить точне описання права (як мінімум, вони вважають упевненість правовою цінністю). Аргумент Дворкіна є інтерпретаційним; те, що люди говорять, або у що вони вірять, не є визначальним; він розмежує, так само як до-інтерпретаційну та інтерпретаційну стадії, два рівні інтерпретації, тому термін до-інтерпретаційний уводить в оману. До-інтерпретаційна стадія утворює формальну структуру, на протигагу якій мають бути винесені сутнісні, інтерпретаційні судові судження. Такий погляд на речі не є суперечливим, як, наприклад, заявив Стенлі Фіш [6, с. 373; 7, с. 299], тому що опис відмінностей між змістом і формою (або, як називає це Дворкін, «fit») є сам по собі інтерпретаційною дією — ми бачимо це тепер ясніше, виходячи з тези про єдність цінності — і такою, що, на мою думку, присутня у підході Харта.

Це допомагає розмежувати тут питання щодо природи права, що часто відносять до сфери інтересів Харта, і професійні питання, що часто описуються як питання «обґрунтування» [8, ch. 1], з якими має справу Дворкін. Відповідь Харта на питання про природу права («Що таке право? — єдність первинних і вторинних правил») співвідноситься з до-інтерпретаційною точкою зору, оскільки вона намагається описати консенсус у мисленні про право (хоча, звісно, не у тих правових системах, де Бог вважається джерелом права). Звичайно, теорія Дворкіна передбачає інтерпретаційне розуміння питання про «природу», але вона також вимагає інтерпретаційного розуміння законів окремих правових систем. Як він говорить, його теорія стосується «доктринального права» [2]. Зазначимо, що Харт також — і це не дивно — забезпечує як визначення «доктринальних» законів, так і їх адміністрування. Ви дивитесь на те, що він називає «правилом визнання» [5, с. 94–99] — ідентифікуючим правилом, — і бачите, чи

підтверджує воно якесь із передбачуваних правил. Якщо так, це правило є чинною правовою нормою у цій правовій системі, і, таким чином, становить частину тіла її правової «доктрини». Харт також вважає суди частиною його «вторинних правил прийняття рішення», розроблених для досягнення «ефективності».

Ніщо не заважає скептицизму на другій та третій стадіях інтерпретації. Деякі люди можуть погоджуватись із тим, що ввічливість передбачає повагу, але потім доводити, що повага — у власному розумінні — передбачає визнання рівноцінності іншого; тому вони можуть обґрунтовано резюмувати, що уклін передбачає відмінності, а це суперечить витлумаченій у такий спосіб повазі. Тепер вони — можливо досить успішно — виступатимуть за скасування правила про уклін. Це приклад внутрішнього скептицизму Дворкіна в роботі: найкращий сенс, який ви можете виявити у правилі про уклін, полягає в тому, що воно є суперечливим — воно не є правилом ввічливості в цілому — і має бути скасоване.

Дворкін говорить, що інтерпретація соціальних практик подібна до *художньої* інтерпретації, яка інтерпретує речі — предмети мистецтва — створені людьми, але може бути відокремлена від думок і намірів останніх. Він відмежовує її від *наукової* інтерпретації, яка інтерпретує речі, не створені людьми. Це також не *розмовна* інтерпретація, яка інтерпретує радше те, що люди хотіли сказати, ніж те, що пропонує інтерпретатор. Дворкін говорить, що художня інтерпретація є творчою: «Учасник, який інтерпретує соціальну практику... пропонує оцінку практики, описуючи деяку схему інтересів або цілей чи принципів, яким практика служить або які вона виражає чи ілюструє» [4, с. 52]. Ця різниця між творчою, науковою та розмовною інтерпретаціями є показовою. Важлива відмінність полягає в тому, що жодний з останніх двох типів інтерпретації не вимагає врахування людських інтересів або цілей чи принципів. Це очевидно у разі наукової інтерпретації, і слід зазначити, що деякі позитивісти — наприклад Кельзен — схвалюють наукову концепцію інтерпретації. Випадок розмовної інтерпретації є більш складним, оскільки «річ», яка підлягає інтерпретації, не може бути чітко відокремлена від цілей і практик мови. Для того, щоб інтерпретувати, що людина мала на увазі, ми повинні з'ясувати її мету, крім переданого під час спілкування значення. Проте це відрізняється від художньої інтерпретації, тому що інтерпретатор не може так вільно доповнювати власними конструкціями те, що сказав мовець. Критерієм того, що мовець мав на увазі, у розмовній інтерпретації є те, що він у дійсності намагався сказати. Заперечення цієї тези було б запереченням різниці між художнім використанням мови і звичайним щоденним її використанням у спілкуванні.

Дворкін проте говорить, що всі інтерпретації можна зібрати під егідою конструктивної інтерпретації. Усі інтерпретації намагаються «зробити об'єкт найкращим, яким він може бути, як приклад певної творчої ініціативи» [4, с. 53]¹. Для розмовної інтерпретації він використовує принцип милосердя, згідно з яким ми робимо якнайкращою комунікацію для того, щоб зрозуміти, що людина говорить, а для наукової інтерпретації ми використовуємо стандарти побудови теорії, такі як простота, елегантність і здатність бути перевіреною.

¹ Див. також [1, с. 130]: «Ми шукаємо цінність — сенс — в інтерпретації і відповідальні за “просування цієї цінності”».

Вироблення найкращого морального сенсу права

Як інтерпретація застосовується до права? Норми права конституюють соціальні практики, що є «речами», які підлягають конструктивній, або художній, інтерпретації. Що означає теза про те, що ми повинні показати правові практики у їх найкращому світлі? Дворкін вважає, що головний сенс права полягає у тому, що воно забезпечує моральне виправдання державного примусу; він стверджує, що це наше спільне поняття права — до-інтерпретаційне розуміння — яке розглядає право як засіб обмеження і легітимації владного примусу:

Право гарантує, що сила не буде застосована або буде стримана, незалежно від того, наскільки корисним це було б для досягнення цілей, якими б вигідними або шляхетними ці цілі не були, окрім дозволених випадків, тобто таких, коли цього вимагають індивідуальні права і обов'язки, що випливають із попередніх політичних рішень стосовно того, коли застосування колективної сили є *виправданим* [4, с. 93].

Чи є це, як то кажуть, розумним? Дворкін, безумовно, описав загальний образ права. У будь-якому разі, якщо ми розглядаємо право як форму обґрунтування, здається розумним, що моральне обґрунтування має пріоритет перед будь-яким іншим.

Існують деякі очевидні заперечення. Можна сказати, що це логічне коло в доведенні (*question-begging*). До того ж, імовірно, саме по собі визначення підтверджує себе як суто буржуазну ідею: те, що застосування закону підтримує державу, також є певним колом у доведенні. Прихильник анархізму не зрадіє цьому. Ми не можемо ставити під сумнів твердження про те, що право має бути подане в найкращому моральному світлі, на основі аргументів на кшталт того, що право і мораль є «концептуально» відмінними; це також логічне коло у доведенні. Існує певний прямий сенс, у якому ми повинні сприймати право у світлі нашого власного морального оціночного судження; теза Дворкіна про єдність цінності (*unity of value thesis*), якщо вона є правильною, забезпечує підтримку тільки для цінності, яку можна отримати, розглядаючи право у такий спосіб. І дуже важливо, що анархіст повинен розглядати, чи є його власне бачення спробою оцінити право у його найкращому моральному світлі; ймовірно, він вбачає моральну цінність в анархії.

Поняття і концепції (*concepts and conceptions*)

Дворкін часто розмежує *поняття* і *концепції*. Поняття охоплює дискретний набір ідей, які використовуються у всіх інтерпретаціях; найменший спільний знаменник значення, спільного для словників. Натомість концепція містить деяку суперечність, яка, за Дворкіним, «прихована» у понятті. Конструктивний аналіз розмежування понять і концепцій знаходимо у статті Геллі (*Gallie*), яка називається «Сутнісно дискусійні поняття» («*Essentially Contested Concepts*»), і його ідея була підхоплена багатьма політичними філософами, особливо Ролзом у «Теорії справедливості» [9, с. 167]. Геллі доводить, що деякі поняття, такі як «мистецтво», «демократія», «соціальна справедливість» і «християнське життя», є за своєю природою ідеями, які можна зрозуміти тільки шляхом залучення спірних аргументів. Він перелічує низку умов, які частково описують будь-яке «сутнісно дискусійне» поняття, і з цього випливає, на мою думку, ідея про те, що такі поняття можна зрозуміти через

різні концепції. Йдеться про те, що поняття має бути «таким, що виражає схвалення» (тобто критичним), «внутрішньо узгодженим» і «таким, що характеризується у різні способи»; воно має також дозволяти «значну зміну у світлі мінливих обставин», а також те, що «використання сутнісно дискусійного поняття означає використання його проти інших використань і визнання, що, власне, його використання має утверджуватись на протигагу цим іншим використанням» [9, с. 167, 171–172]. І для того, щоб відмежувати такі поняття від «украї заплутаних» (*«radically confused»*) понять, Геллі говорить, що користувачі таких понять мають визнати «авторитет» «оригінального примірника» поняття, і змагання користувачів повинне уможливити «збереження оригінального примірника і/або розвиток його в оптимальний спосіб» [9, с. 167, 171–172, 180].

Ми знаємо, наприклад, чим є демократія у певному очевидному сенсі: ми не плутаємо демократію з горами. Існують ідеї, які, на нашу думку, повинні мислитись як «демократичні», такі як вільні вибори, рівність і свобода людей, верховенство права, однак, хоча існують інші ідеї, з якими ми, напевно, могли б погодитись, ми можемо погоджуватись тільки на існування демократії у загальному сенсі, визначеному за взаємною згодою. Люди мають різні уявлення про силу і обсяг згоди. Різновид згоди вимагається, наприклад: коли йдеться про згоду як таку, що підтверджена пропорційним представництвом, або системою єдиного голосу, який не може бути переданий, або голосуванням блоком для профспілок? Розглянемо ідею рівності, виражену у формулі «одна людина, один голос». Концепція цієї ідеї була колись такою, що не включала жінок. Хтось розглядає демократію як систему лише процедурної влади більшості, у той час як інші розглядають її змістовно, як захист інтересів і прав меншості. Дехто розглядає демократію радше як обмеження на прийняття рішень на всіх рівнях, ніж якусь окрему систему правління. Інші вбачають демократію в ідеї однопартійної держави. Ці ідеї можна обговорювати на тому загальному ґрунті, що демократія є «узгодженим» правлінням, і навіть на більш широкій основі, що стосується рівності і свободи.

Поняття та інтерпретаційна незгода (*concepts and interpretive disagreement*)

Важлива теза у «Справедливості для їжаків» полягає в тому, що моральне судження є концептуальною інтерпретацією наших практик із використанням моральних понять; тут інтерпретація звільняється від звичного уявлення про різницю між автором та інтерпретацією. Коли ми маємо розходження щодо моральності, ми незгодні не з тим, що сказав автор, а з ідеями, які є частиною нашого спільного розуміння і загальних практик. Розкриваючи цю ідею, Дворкін (звертаючись до таксономії, раніше запропонованої ним у «Справедливості у мантіях» і об'єднуючи зауваження, зроблені ним в інших місцях) розмежовує різні види понять. Найважливішими для розуміння правового позитивізму є ті поняття, які Дворкін називає «критеріальними» (*«criterial»*), що відсилають до нашого спільного сприйняття поняття, коли ми використовуємо однаковий критерій для визначення прикладів цього поняття; трикутник є критеріальним поняттям, тому що ми визначаємо приклади в однаковий спосіб: це фігура лише із трьома прямими сторонами. У більшості випадків, але не завжди, говорить

він, використання нами однакового критерію означає, що наше визначення прикладу є точним¹.

Не всі поняття є критеріальними; існують поняття — відомі як «природні» поняття («*natural kind*» *concepts*) — для яких згода не є критерієм. Візьмемо поняття левовості (*lionhood*). Тут ми можемо використовувати різні критерії для визначення левів, але попри це не матимемо жодних проблем із розумінням того, що ми говоримо про одне й те саме. Наші розбіжності необов'язково вказують на помилку у мові, так, як у випадку, коли ми виявляємо, що один із нас говорить про берег річки (*the bank of a river*), а інший — про Банк Англії (*Bank of England*). Обидва ці випадки не такі, де кожен із нас є трохи неточним. Радше ми використовуємо такі природні поняття, що відсилають до чогось, чия ідентичність зафіксована у світі природи; ми припускаємо, що маємо на увазі одне й те саме, навіть при тому, що використовуємо різні критерії. Зауважимо, що хоча критеріальні та природні поняття є незалежними одне від одного, їх все ж таки може поєднувати вирішальне питання (що, наприклад, є основною причиною облісіння, або — скажімо — ДНК, що визначає левовість). У кожному випадку це означатиме, що «справжні» розбіжності виключено, «якщо всі інші релевантні факти погоджені». На мою думку, коли Дворкін від початку говорив про розуміння права як такого, що складається з «простих фактів», вторячи загальному уявленню про «відверту розмову» і впевненість, він мав на увазі як «критеріальні», так і «природні» поняття, — у яких об'єкт обговорення вважається таким, що може бути визначений. Якщо ми бачимо, яке поняття ми обговорюємо, між нами має бути згода, оскільки або існують майже узгоджені критерії, або ми погоджуємось з тим, що існує деяка визначальна характеристика (хоча ми не можемо бути впевнені у тому, про що саме йдеться).

Інтерпретаційні поняття є різними, складаючи «родину понять, які ми розділяємо попри відсутність згоди щодо визначального критерію». Ми згодні, але тільки тоді, коли бачимо, що їх застосування визначається їх найкращим розумінням. Доречними для розуміння інтерпретації є також парадигми. Вони, за його словами, є спільним розумінням «окремих характеристик», що «дозволяє нам щось стверджувати». Згода є різною для критеріальних і природних понять, оскільки не існує визначального критерію: парадигми пов'язані з відмінностями; навіть викриття, за його словами, пов'язане з домовленістю. Дворкін говорить, що відмінності між критеріальними, природними та інтерпретаційними поняттями не очевидні у використанні; він гадає, наприклад, що люди в цілому неправильно вважають значення демократії критеріальним. Він також думає, що інтерпретаційні поняття є важливими, оскільки за їх допомогою люди мають побачити, що їх розбіжності є справжніми, і що їх інтерпретація спрямовує їхні рішення. З того факту, що моральні поняття є інтерпретаційними, випливає, що вони не можуть бути проаналізовані нейтрально. Залучене до визначення найкращого сенсу окреме моральне поняття виключає поза-ідеологічний (*non-committed*), відсторонений і нейтральний підхід. Навіть зайнявши — якщо б це було можливо — відсторонену позицію, фактичне вживання такого поняття буде пов'язане з моральним аргументом (як показують аргументи Дворкіна сто-

¹ Наприклад, говорить він, розбіжності щодо облісіння (*baldness*) є «вигаданими» — або «вербальними» — тому що ми «використовуємо однакові критерії у типових випадках», таким чином, ми можемо мати нечіткі критеріальні поняття.

совно скептицизму). З цього випливає, говорить він, що метаєтика є неправильно зрозумілим проектом.

Дворкін розглядає можливість того, що на деякому абстрактному рівні, де існує згода щодо певних моральних тверджень, моральні поняття є критеріальними. Як приклад він наводить твердження Ролза про визнання людьми того факту, що справедливість стосується не-довільних (*non-arbitrary*) відмінностей у привласненні прав. Проте Дворкін гадає, що це все одно некритеріальне поняття, тому що багато людей визнають існування Бога, який визначає справедливість, і тому справедливість не сприймається кожним як утворення не-довільних відмінностей. У такому разі, чи є якісь із наших моральних понять критеріальними? Ні, говорить він. Чи існує згода в моралі, принаймні у тому, що у висуванні моральних тверджень існує критеріальна згода (виражаючи найбільш абстрактну моральну вимогу) щодо того, «що щось повинне або не повинне бути зроблене»? Він знову не згоден, тому що моральні судження не завжди стосуються схвалення певних дій. Чи є моральні поняття природними там, де вони мають «характерну властивість» (таку, як, скажімо, належність до певного виду), яку ми розпізнаємо за допомогою такої особливої здібності, як інтуїція? Він говорить, що відповідь може бути позитивною тільки якщо мала місце домовленість, на основі якої окремі явища підпадають під поняття; тоді мова йшла б про згоду щодо прикладів, але не щодо критерію. Однак Дворкін гадає, що ми не погоджуємося з тим, що підпадає під поняття. Він говорить, що наша домовленість є мінімальною; ми погоджуємося із парадигмами, і цього достатньо, щоб сказати, що ми розділяємо наші моральні поняття, але це трохи виходить за межі мінімальної угоди. Тому, резюмує Дворкін, моральні поняття повинні бути інтерпретаційними.

Теорія Харта як недескриптивна інтерпретаційна теорія

Повчально застосувати розмежування понять і концепцій до «Поняття права» Харта. Я вже стверджував, що книга Харта є радше інтерпретацією, ніж нейтральним описанням права. Ця інтерпретація близька до того, що Дворкін називає «конвенціоналізмом», сенс якого полягає у служінні ідеалу захищених очікувань. Дворкін розповів мені, як він тепер шкодує, що не розпочав свою главу під назвою «Конвенціоналізм» в «Імперії права» із загального твердження про те, що він розглядає теорію права Харта як таку, що може бути найкраще зрозуміла як конвенціоналістська теорія. Використовуючи термінологію Дворкіна, «Поняття права» є хартовою «концепцією» поняття права¹. Дворкін надає обґрунтування, що є важливою частиною його підходу до інтерпретаційних питань. Коротко кажучи, йдеться про те, що ми відповідальні за «конструювання» відповідей на такого роду питання, і що ми уникаємо відповідальності, якщо залишаємось осторонь і вважаємо, що відповідь існує лише «десь там», і, можливо, це має право вирішувати хтось інший або взагалі ніхто.

Це не «абстрактна філософія», віддалена від реалій зали судового засідання. Візьмемо відому цивільну справу, що розглядалась у Сполученому Королівстві

¹ Уявіть, якби книга Харта називалась «Концепція права» або, в американському стилі, «Теорія права».

у 1932 р., *Донахью проти Стівенсона* [10]¹. У цій справі Палата Лордів впровадила нові відносини відповідальності між кінцевим виробником, який виготовляв газовані напої, і кінцевим споживачем, жінкою, якій стало погано після того, як вона з'їла розкладеного равлика, що знаходився у напої виготовлювача. Лорд Аткин (*Lord Atkin*) доводив, що виробник несе відповідальність у силу загального обов'язку в деліктному праві, який покладається на тих, чії дії можуть впливати на інших (відомий як принцип «сусіда», або деліктна відповідальність). Точка зору лорда Букмастера (*Lord Buckmaster*) полягала в тому, що відповідальність у таких справах обмежена категоріями, вже існуючими у делікті: оскільки не існувало жодного порушення, під яке підпадала б справа, і не було договірних відносин між сторонами, справа жінки має бути програна.

Я гадаю, мова понять і концепцій добре описує відмінності цих двох позицій: кожний має різні концепції одного поняття деліктної відповідальності. Між ними існує згода щодо поняття, але вони мають різні його концепції. Вони розділяють ідею про те, що деліктна відповідальність є підставою для компенсації за неумисні проступки, та ідею про те, що відповідальність виникає з відносин між сторонами. Однак концепція поняття деліктної відповідальності лорда Аткина була ширшою за концепцію лорда Букмастера. І ми можемо погодитись із багатьма коментаторами, які стверджують, що концепція лорда Аткина була кращою, тому що вона охоплювала інші, здавалося б, окремі форми відповідальності через принцип сусіда.

Нам не слід розглядати тільки відомі справи. Навіть у звичайних повсякденних випадках правової аргументації відмінність між поняттям і концепцією є очевидною. Візьмемо типову справу, яка стосується інтерпретації деяких питань регулювання безпеки на виробництві. Поняття — той дискретний перелік ідей, навколо яких утворюється згода — полягає в тому, що роботодавець зобов'язаний обмежувати доступ до небезпечних механізмів. Адвокат роботодавця підтримує концепцію цього обов'язку, яка виключає відповідальність власника фабрики у випадку недбалості робітника. Адвокат інспектора підтримує протилежну концепцію, за якою роботодавець зобов'язаний охороняти робітників навіть від власної недбалості. Навіть якщо ми не визнаємо, що «кращий» означає «морально кращий», враховуючи все інше, що ми знаємо про правову систему, різниця між поняттями і концепціями є корисною для розуміння згаданих вище відмінностей.

Поняття права як цілісності (*integrity*)

Що, на думку Дворкіна, являє собою поняття, на протипагу правильній концепції, права? Я вже звертав увагу на центральну ідею обґрунтування. Якщо ми говоримо про право, то це «дискретний набір ідей», який ми «безспірно приймаємо», стосовно виправдання використання державного примусу. Так, говорить він, «правовий аргумент має місце на ґрунті складного консенсусу щодо того, що якщо право існує, воно забезпечує виправдання використання колективної сили проти індивідів-громадян або груп» [4, с. 108–109; 12, с. 295]. Тому теорія Дворкіна має бути чутливою до фактичних правових аргументів. Більше того, його теорія прагне обґрунтувати *право*, а не те, яким в ідеалі має бути світ. Моральні судження становлять перелік політичних вимог, і тому найкраща

¹ Детальний юридичний аналіз цієї справи див. у: [11].

інтерпретація правових матеріалів повинна спиратися на найкращу моральну теорію правової системи.

Поєднання правових матеріалів і моральної теорії досягається в ідеї цілісності. Це принцип, який вимагає, щоб право узгоджувалось у спосіб, відмінний від справедливості, згідно з якою правильний стан речей існує у суспільстві, і від чесності, відповідно до якої концепція рівності полягає в тому, що «кожна точка зору має отримати право голосу у процесі обговорення» [4, с. 179]. Цілісність означає, що право завжди має створюватись або інтерпретуватись так, щоб утворювати єдине ціле. Така вимога виражає цінність цілісності, яка хоча і розрізняється, але, згідно з Дворкіним, перебуває в одному ряді з цінностями справедливості й чесності. Дворкін характеризує справедливість і чесність у загальних рисах так:

Справедливість... це питання правильного функціонування політичної системи: правильного розподілу благ, можливостей та інших ресурсів. Чесність — це питання правильної структури цієї системи, структури, яка правильно розподіляє вплив на політичні рішення [4, с. 404].

Проблема виникає тоді, коли справедливість і чесність конкурують одна з одною; Дворкін хоче знайти радше принциповий зв'язок між ними, ніж просто компроміс. Для того, щоб конкретизувати всі ці абстракції, припустимо, що найсправедливіше суспільство заборонило б аборти. Припустимо також, що найчесніше суспільство надало б кожній особі голос у процесі прийняття рішень. Уявімо суспільство, у якому більшість людей хочуть легалізації абортів в особливих випадках і голосують за це. Вочевидь, якщо ми приймаємо обидва ці припущення, ми вимушені констатувати існування конфлікту. Уявімо таку ситуацію. Законодавець ухвалив компроміс між справедливістю і чесністю, гарантувавши право на аборт для жінок пропорційно до кількості голосів «за». Скажімо, була перевага у дві третини голосів проти однієї третини. Тоді закон приписує давати дозвіл на аборт у кожному третьому випадку, використовуючи певну прозору систему, можливо, лотерею. Ми не знаємо напевно, чи є аборт справедливим, однак ми знаємо, що певна справедливість матиме місце, оскільки або суд дозволяє аборти в особливих випадках, або ні. Так справедливість узгоджується із чесністю, надаючи «кожній точці зору право голосу у процесі».

Проблема полягає в тому, чи є це адекватною відповіддю на таке серйозне питання. Вона зводиться до компромісу між справедливістю і чесністю, і такі компроміси були розглянуті вище. Дворкін використовує приклад Конституції США, яка від початку пішла на певний компроміс із рабством, урахуваючи три п'ятих рабів штату при розрахунку кількості представників від штату в Конгресі [4, с. 184].

У Сполучених Штатах такі законодавчі вимоги відомі як закони «шахівниці», тому що вони спричиняють два симетричних наслідки. Дворкін використовує наш інтуїтивний запит на такого роду компроміси, утверджуючи цінність цілісності. Він порівнює свій аргумент із відкриттям планети Нептун, існування якої було підтверджено не шляхом безпосереднього спостереження, а завдяки її гравітаційному впливу на сусідні планети. Ми відчуваємо цінність цілісності завдяки її впливу на справедливість і чесність, говорить він, і це та чеснота, яка дозволяє радше принципове узгодження, ніж просто компроміс між справедливістю і чесністю. Ідея цілісності вперше виникає в «Імперії права» і є фундамен-

тальною чеснотою у філософії права Дворкіна. Я гадаю, що ця ідея присутня у всіх ранніх роботах Дворкіна, зокрема у його підході до обґрунтування у складних справах. Там загальна схема обґрунтування рішення була представлена у термінах цінності, зокрема, пояснюючи і утворюючи питання принципу.

Слово про «узгодженість» («*coherence*»)

Вимога узгодженості у праві означає більше, ніж просто *послідовність* або, як Дворкін воліє називати її, «гола послідовність». Гола послідовність просто зводиться до відсутності суперечностей між двома твердженнями про право. Узгодженість радше повинна бути послідовною «в принципі», тобто вона має «виражати єдине і всебічне бачення справедливості» [4, с. 134]. Хоча в цілому ми повинні формулювати аргументи відповідно до раніше ухвалених рішень і законів, а також аргументів, які використовувались у минулому, йдеться не лише про послідовність у роботі [13]. Гола послідовність, наприклад, є неможливою вимогою, оскільки ми всі приймаємо, вважаючи це характеристикою правового аргументу як такого, що деякі з попередніх рішень є помилковими. Ми справляємося з помилками, виправдовуючи їх унікальний характер за допомогою аргументів, які є значно багатшими, ніж могла б дозволити гола послідовність. Ми можемо, наприклад, бути готові висунути аргумент на користь відкидання низки справ, не тому що вони не узгоджуються з іншою групою справ. Не може бути такого переліку. Або, якщо він є, згідно з голою послідовністю, аргумент на користь його збереження є майже таким самим добрим, як аргумент на користь його скасування через проголошення цих справ помилками. Узгодженість розділяє логічний тон послідовності, але припускає інше уявлення про правильне і неправильне. Неузгоджений звіт дитини про те, що вона робила протягом дня, є чимось більшим, ніж непослідовність. Для того, щоб бути узгодженим, потрібно «мати сенс», а не тільки бути послідовним. З іншого боку, узгодженість описує ситуацію на дуже абстрактному рівні, де ми зводимо все до того, що речі повинні мати сенс або «триматися разом», не будучи набагато конкретнішими. Узгодженість повністю може бути зрозуміла лише в контексті окремих справ, самої по собі її недостатньо. Розглянемо тип аргументів, які були використані у *Донахью проти Стівенсона*, у справі розкладеного равлика. Я стверджую, що лорд Аткин намагався надати узгодженості ідеї відповідальності за недбалість шляхом винайдення абстрактного способу вираження різних форм існування відповідальності у договорах і деліктах. Він гадав, як у подальшому багато хто думав, що принциповий шлях пролягав через принцип сусіда. Його аргумент, на мою думку, є узгодженим. Він має сенс, або «тримається разом», тому що він забезпечує спосіб переходу від фактів у цих конкретних обставинах до всіх інших типів обставин, за допомогою принципу – принципу сусіда. Він робить це, водночас ясно показуючи, чому попередні справи були вирішені справедливо, і чому було б неправильно обмежити відповідальність за недбалість тільки для певної категорії справ (як робив це лорд Букмастер). У термінах Дворкіна існує глибша цінність, яка обґрунтовує більш абстрактний спосіб сприйняття різних справ та їх розуміння, що дозволяє пояснити, а потім змінити категорії (або «згорнутися»).

Дворкін вбачає особливу перевагу «єдиного бачення справедливості» у тому, що воно являє ідеал спільноти, або, як він вважає за краще називати його, ідеал «братерства». Цей ідеал забезпечує найкраще обґрунтування персоніфікації держави, яка «говорить» із цілісністю «в унісон». Я ще повернусь до цієї ідеї спільноти, яка є його ліберальною та індивідуалістською відповіддю консервативним «комунітаристам». Якщо коротко, він вважає, що індивідуальне буття породжує певні публічні чесноти, серед яких обов'язок держави (і індивід повинен його відстоювати) — гарантувати поведження з людьми як із рівними.

Нюанси в ідеальних світах

Зв'язок між цілісністю та ідеалом рівності є принциповим для Дворкіна. Саме завдяки єдиному баченню права, говорить він, держава ставиться до своїх громадян як до рівних. Це не просто послідовність у діях, що, як зауважив Харт [14], «сумісна з великою несправедливістю»; цілісність охоплює ідею поведження з людьми як із рівними. Цілісність є головною перевагою правового аргументу і моральною чеснотою в політичній сфері. Тому правовий і моральний аргументи не можуть бути розділені. Правовий аргумент повинен, за Дворкіним, характерним чином відсилати до права кожного на рівне поведження. Для прикладу Дворкін проводить нас через декілька світів. У тому світі, який ми називаємо «ідеальним ідеальним» світом, немає потреби у чесноті цілісності. Уявімо досконалий світ, у якому кожний поводить себе так, як повинен. В ідеалі, як тільки ухвалюється законодавче рішення у справі про аборти, згаданій вище, кожний голосує за нього. У будь-якому разі, законодавство не потрібне, якщо кожний робить те, що є морально правильним. Тут законодавець не розривається між питаннями змістовної справедливості і питаннями чесності. Усе збігається, і це правильно. Якщо держава, гіпотетично, розглядає кожного як рівного, в ідеальному світі немає потреби, в окремій чесноті цілісності. Це так, тому що це коригуюче поняття, потреба в якому виникає лише тоді, коли існує напруга між справедливістю і чесністю. Інакше кажучи, використання Дворкіним ідеї цілісності призначене для побудови ідеальної судової системи, у якій принципові компроміси досягаються в ідеалі суддями. Судді мають правильне уявлення про справедливість, з якою вони мають справу, але вони дозволяють обміняти її на інші фактори, що виникають у реальному світі.

Цей аргумент демонструє, на мою думку, унікальний характер цілісності. Її функція полягає в тому, щоб обмежувати державу в реальному світі, де рішення часто є несправедливими, але чесними. Оскільки її функцією, її особливою чеснотою є здатність обмежувати, вона також є *ідеалом*, але таким, що існує в «ідеальному реальному» світі. Інакше кажучи, у «реальному реальному» світі, у якому ми з вами живемо, законодавці, адвокати і судді повинні прагнути до ідеалу об'єднання усіх форм права в єдине ціле, яке змушує державу говорити з усіма громадянами на рівних. Це означає, що цілісність представляє боротьбу в реальному світі за справедливість, яка, за словами Дворкіна, «абстрагується» від інститутів. «Чиста» цілісність, — говорить він, — заявляє про те, як мають бути реформовані практики спільноти, аби служити більшій єдності та всебічності бачення соціальної справедливості, що частково прийнята, проте при цьому не оголошено, який службовець і яку обіймає посаду в цьому грандіозному проекті» [4, с. 407].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Dworkin R. M. Justice for Hedgehogs* / R. M. Dworkin. — Harvard : Harvard University Press, 2011.
2. *Dworkin R. M. Justice in Robes* / R. M. Dworkin. — Harvard : Harvard University Press, Cambridge MA, 2006.
3. *Lynch v. D.P.P.* [1975] A.C. 653.
4. *Dworkin R. M. Law's Empire* / R. M. Dworkin. — Harvard : Harvard University Press, 1986.
5. *Hart H. L. A. The Concept of Law* (2nd ed.) / H. L. A. Hart. — Oxford : Clarendon Press, 1994.
6. *Fish S. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature* / S. Fish // *Texas Law Review*. — 1982. — № 60.
7. *Fish S. Wrong Again* / S. Fish // *Texas Law Review*. — 1983. — № 62.
8. *Finnis J. Natural Law and Natural Rights* / J. Finnis. — Oxford : Oxford University Press, 1980.
9. *Gallie. Essentially Contested Concepts* / Gallie // *Proceedings of the Aristotelian Society*. — 1965. — № 56.
10. [1932] A.C. 562.
11. *MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory* / N. MacCormick. — Oxford : Oxford University Press, 1978.
12. *Raz J. Authority, Law and Morality* / J. Raz // *The Monist*. — 1985. — № 68.
13. *MacCormick N. The Role of Coherence in Legal Justification* / N. MacCormick // *Theory of Legal Science* / A. Peczenik et al. (eds.) — D. Reidel Publishing, Dordrecht, 1984. — P. 235 — 252.
14. *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy* / H. L. A. Hart. — Oxford : Oxford University Press, 1983. — Ch. 15.

Гест С. Інтерпретація права

Анотація. Стаття присвячена теорії інтерпретації Рональда Дворкіна. Автор розкриває тезу Дворкіна про три стадії розуміння — до-інтерпретаційну, інтерпретаційну та пост-інтерпретаційну — та наводить приклади застосування цієї схеми у праві. При цьому, на думку Дворкіна, право підлягає конструктивній інтерпретації на зразок художньої, тобто ми повинні показати правові практики в їх найкращому світлі. Розмежовуючи поняття права і концепції права (можливе існування декількох концепцій одного поняття), Дворкін розкриває поняття права як цілісності — чесноти, яка уможливорює принципове узгодження між справедливістю і чесністю.

Ключові слова: інтерпретація права, поняття, концепція, цілісність, узгодженість.

Гест С. Інтерпретація права

Анотація. Стаття посвящена теорії інтерпретації Рональда Дворкіна. Автор раскрывает тезис Дворкина о трех стадиях понимания — до-интерпретационной, интерпретационной и пост-интерпретационной — и приводит примеры применения этой схемы в праве. При этом, по мнению Дворкина, право подлежит конструктивной интерпретации, то есть мы должны показать правовые практики в их лучшем свете. Разграничивая понятие права и концепции права (возможно существование нескольких концепций одного понятия), Дворкин раскрывает понятие права как целостности — добродетели, которая делает возможным принципиальное согласование между справедливостью и честностью.

Ключевые слова: интерпретация права, понятие, концепция, целостность, согласованность.

Guest S. The Interpretation of Law

Summary. Article deals with the Ronald Dworkin's theory of interpretation. The author reveals the Dworkin's thesis about three stages of understanding — pre-interpretive, interpretative and post-interpretative — and gives examples of the application of this scheme to the law. Thus, according to Dworkin, the law is subject to a constructive (or artistic) interpretation, that is, we must show legal practice in its best light. By defining the concept of law and the conception of law (it is possible the existence of several conceptions of one concept), Dworkin reveals the concept of law as integrity — virtue that enables principled adjustment between justice and fairness.

Key words: interpretation of the law, concept, conception, integrity, coherence.

ВІД СТАРОЇ ТЕОРІЇ ТЛУМАЧЕННЯ ДО НОВОЇ: ОСНОВНІ ВИКЛИКИ ТА РІШЕННЯ

В. ГОНЧАРОВ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри основ права України
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*



Вопрошаем отцов, но не легче от стройных речей,
Не собрать и частичный ответ из подержанных фраз.
Их тяжелая юность прошла вдалеке от вещей,
Тех, которые так переполнили доверху нас.
Ю. Шевчук

Вступ

Теорія тлумачення є однією з найскладніших рубрик загальнотеоретичного правознавства. У «гордіїв вузол» тут переплелися сюжети з царини філософії, герменевтики, мовознавства, філології, психології та інших дисциплін. Останні ж не стоять на місці, а їхній передовий досвід вимагає знов і знов переглядати деякі вже усталені позиції в теорії тлумачення права. Імпульс до розвитку дає також і юридична практика. Останній, правду кажучи, не так потрібні стрункі наукові формулювання, як дієві засоби для удосконалення інтерпретаційного процесу і його результатів. Ці два фактори — гносеологічний і потребовий — зумовлюють необхідність у постійному оновленні теорії тлумачення права.

Пропонована стаття формулює основні проблеми, які стоять перед нинішньою теорією тлумачення права, аналізує причини їх виникнення та дає деякі відповіді на поставлені запитання.

I. Тлумачення права: стара історія

Сучасні проблеми в царині тлумачення права мають насправді давнє коріння. Чи йдеться про тлумачення законів, чи про тлумачення договорів, усюди протягом історії виринають два центральних сюжети:

а) співвідношення «духу» і «букви»: конфлікт між тим, що сказано, і тим, що мав на увазі автор чи співавтори закону та договору. Ця дилема відома ще римському праву [1, с. 148, 179, 624, 632] і вже тут не знаходить вирішення.

© В. Гончаров, 2014

Протягом своєї історії юриспруденція віддавала перевагу то сказаному (об'єктивному смислу), то втіленим у тексті намірам (суб'єктивному смислі);

б) статичне і динамічне тлумачення: чи треба віддавати перевагу початковому смислу правоположення, чи тому смислу, якого воно набуло з часом? Ця дилема теж проявила себе спершу в римському праві¹, але й досі є актуальною.

Ці проблеми пов'язані, хоча й не тотожні у тому смислі, що відповідь на першу зачіпає другу, але не вирішує її. Ми пояснимо цей зв'язок трохи пізніше, а наразі коротко схарактеризуємо коріння вітчизняної теорії тлумачення.

Як відомо, на Континенті свого найбільш завершеного вигляду теорія тлумачення права набула вже за Нового часу, що спричинено, по-перше, підвищенням ролі нормативно-правових актів у регулюванні суспільних відносин, та, по-друге, появою *універсальної герменевтики*, тобто загальної теорії тлумачення текстів.

Тут слід перш за все згадати про Ф. Шлейєрмахера, представника романтичної філософії, який хоч безпосередньо і не займався теорією тлумачення права, однак справив на її становлення вельми відчутний вплив. Мислитель вважав, що мета тлумачення літератури — проникнути в психічний світ автора твору, його думки, а з цією метою необхідно спробувати перенестись у його час (так звана процедура психологічного вживання, що була згодом розвинена В. Дільтейєм). Розподіл ролей автора й читача тут виглядає так: автор закладає в текст деяку думку, вибираючи для цього відповідні вирази (тут, можна сказати, спостерігається рух від думки до тексту), а читач прокладає шлях у зворотному напрямку (тобто від тексту до думки автора). Таким чином, *головна ідея універсальної герменевтики полягає в тому, що тлумачення являє собою інверсію процесу створення тексту*.

Це уявлення про сутність тлумачення в сферу юриспруденції переніс молодший колега Ф. Шлейєрмахера по Берлінському університету Ф.-К. фон Савінії. Останній стверджував, що для досконалих законів (які не допускають невизначених і некоректних висловів) важливо реконструювати думку законодавця за допомогою граматичних, логічних, системних і історичних засобів [3, с. 6]. Згодом указаний підхід (його часто називають також «суб'єктивною теорією тлумачення», бо тут сенс закону пов'язується із суб'єктом-законодавцем) набув широкого поширення і його, зокрема, можна спостерігати в роботах Є. Васьковського, Г. Пухти, М. Гредескула [4, с. 31; 5, с. 46; 6, с. 151] та ін.

Цілком очевидно, що якщо смисл закону ототожнювати з таким статичним явищем, як намір законодавця, можливість динамічного тлумачення слід відкинути, тобто за будь-яких обставин закон повинен зберігати лише той істинний сенс, який був у нього закладений.

Правда, не можна сказати, що ця теорія панувала безроздільно. Широко відома позиція таких правознавців, як К. Біндінг, суть якої може бути викладена в наступному пасажі: «Закон є об'єктивною силою, і в цьому його щастя. Завдяки відчуженості закону від індивідуальної волі право набуває здатності

¹ «...укладачі Законів XII таблиць могли випустити з уваги деякі відносини, а наступний за Законом XII таблиць час міг створити зовсім нові відносини, чи змінити старі... Законодавство в ті часи порівняно рідко приходило на допомогу потребам часу» [2, с. 140].

панувати, незважаючи на зміну поколінь. Законодавець не передбачає тих висновків, яким будуть служити його норми. Законодавець, який передбачає майбутнє, існує лише в ідеалі, а не в дійсності. Юрист повинен враховувати об'єктивну законодавчу волю: закон думає і бажає того, що з нього вибирає розумний народний дух. Воля законодавця не продукт історії, а принцип правового розвитку, який здійснюється за допомогою тлумачення» [7, с. 427]. Описану теорію тлумачення нерідко називають об'єктивною, адже вона стверджує, з одного боку, незалежність сенсу тексту від намірів автора, а з другого — наявність у тексті власного об'єктивного сенсу.

Однак у радянське правознавство потрапила саме суб'єктивна теорія тлумачення, відповідно до якої тлумачення повинно встановити закладену в закон волю законодавця. Справа не тільки в тому, що суб'єктивна теорія була краще розроблена і захищена від критики. Важливу роль в утвердженні її панування зіграло і те, що вона набагато краще відповідала суті тоталітарного режиму, застерігаючи суди від найдрібнішого відхилення від «точної волі панівного класу», а по суті — волі партійного керівництва. Відповідно до суб'єктивної теорії суд є ніби агентом законодавця, підпорядкованою інстанцією, що втілює волю останнього в життя.

І незважаючи на багаторазове згадування в радянській юридичній літературі про те, що встановлювана за допомогою тлумачення воля — особлива, воля безкласового суспільства, всього єдиного радянського народу (на противагу волі буржуазного законодавця, горезвісних «поневолювачів пролетаріату»), правду кажучи, з часів Ф.-К. фон Савіні теорія тлумачення практично не зазнала змістовних змін: все та ж мета (встановити задум законодавця), все ті ж способи і засоби тлумачення (граматичний, логічний, системний та історичний)¹.

Можливість динамічного тлумачення в радянській літературі, як правило, відкидалася. І цьому є пояснення. По-перше, динаміка несумісна із суб'єктивною теорією тлумачення в стилі Ф.-К. фон Савіні. По-друге, поштовх до теоретичного осмислення динамічного тлумачення може дати тільки ситуація, за якої закони відстають від розвитку суспільних відносин, насамперед відносин економічних. Саме тому найбільшу увагу динамічному тлумаченню приділяла наука тих країн, де спостерігалися буйний розвиток і диверсифікація економіки.

¹ Вузкий простір для дискусій у радянській теорії тлумачення права зумовлений загальним методологічним фундаментом дослідників у вигляді універсальної герменевтики (хоча у жодній роботі це словосполучення не згадується, так само як і її головний представник Ф. Шлейєрмахер, рідкісний виняток — робота І. Грязіна «Текст права» [8]). Дослідники були згідні стосовно головних концептуальних питань, тому особливу увагу часто приділяли проблемам досить другорядним і беззмістовним. Хороший приклад — одне з центральних питань для радянської теорії тлумачення: чи є підстави для виділення логічного способу тлумачення, чи всі його прийоми відносять до інших способів? Адже дослідники були цілком згідні з тим, що всі логічні прийоми (сходження від абстрактного до конкретного і навпаки тощо) повинні використовуватися, питання лише в тому, чи можна набір цих прийомів назвати окремим способом тлумачення. Таким чином, питання являє собою всього лише умовність. Схожий схоластичний відтінок мають дискусії про розмежування граматичного і логічного тлумачення, історичного та функціонального, і навіть про поняття спеціально-юридичного тлумачення. Скрізь тут ми стикаємося аж ніяк не із змістовними питаннями про необхідність використання деяких прийомів тлумачення, а з «перетягуванням ковдри» між різними способами тлумачення. Тут змістовне питання юриспруденції підмінено технічним питанням наукознавства.

Є. Врублевський, наскільки нам відомо, першим розділив теорії тлумачення на статичні й динамічні. «Статичні теорії, — писав дослідник — мають на меті забезпечити максимальну стабільність, правову визначеність і передбачуваність рішень органів, які застосовують право. Щоб досягти цієї мети, з необхідністю приймається, що значення норми є незмінним, оскільки тільки таке значення норми може забезпечити реалізацію зазначеної вище цілі. Динамічні ж теорії тлумачення ставлять собі за мету досягти максимальної адекватності між нормами чинного права і «життям»» [цит. за: 8, с. 71].

Це ж розмежування використовував надалі О. Черданцев [цит. за: 8, с. 81, 82]. Однак динамічне тлумачення у нього не є альтернативою статичному, адже, на його думку, в умовах правової держави не може бути й мови про виправлення волі законодавця. Таким чином, у О. Черданцева, як і у Є. Врублевського, динамічне тлумачення є вимушеним виправленням змісту закону внаслідок його відставання від умов життя сучасного суспільства. Цього висновку обидва дослідники дійшли цілком передбачувано, оскільки методологічною основою їхніх робіт була вже згадана універсальна герменевтика, що вимагає психологічного вживання у світ автора-законодавця.

Оскільки, виходячи з положень про психологічне вживання, статичне і динамічне тлумачення не можуть бути частинами єдиної цілісної теорії тлумачення, інтерпретатору пропонується вибрати одну з них, а іншу відкинути. Виходить, що перед нами питання про вибір цінностей (на це натякають і Є. Врублевський, і О. Черданцев.): якщо у правовій системі головною цінністю є стабільність, то інтерпретатор повинен вибрати статичну (суб'єктивну) теорію. Якщо ж головною цінністю буде відповідність закону суспільним відносинам, то інтерпретатор повинен вибрати динамічне тлумачення.

Однак у цих міркуваннях криється деяка непослідовність. Якщо тлумачення є діяльністю зі встановлення закладеної в норму думки законодавця, то лише статична теорія тлумачення має право на існування. Динамічна виходить у такому випадку із помилкових засновків і цінності тут ні до чого. Тому з точки зору Є. Врублевського і О. Черданцева, динамічне тлумачення є не зовсім тлумаченням, а, швидше, вимушеним виправленням сенсу, процедурою приписування сучасного значення положенням, котрі мають зовсім інший істинний зміст. *Отже, як бачимо, суб'єктивна теорія тлумачення (з вимогою про встановлення волі історичного законодавця) не може бути суміщена з динамічним тлумаченням у несуперечливий спосіб.*

Підсумовуючи, наведемо свої нотатки до «старої історії» про тлумачення права:

- текст нормативно-правового акта має справжній істинний смисл (сене) — це воля історичного законодавця, автора закону;
- тлумачення є інверсією процесу створення тексту: якщо автор має думку, яку він оформлює текстуально, то інтерпретатор рухається від тексту до цієї думки. Таким чином, тлумачення — це своєрідне декодування смислу;
- тлумачення («декодування») смислу відбувається за допомогою філологічного (граматичного, мовного, лінгвістичного), логічного, системного та історичного способів тлумачення;
- зміна смислу норми за посередництвом тлумачення не допускається та є правотворенням, на що суди континентальної системи не мають права;

— динамічне тлумачення є різновидом правотворення, «замаскованого» під тлумачення, а тому в умовах правової держави повинне заперечуватись.

II. Кінець «Старої історії»

1. Причини занепаду оригіналізму

«Стара історія» панувала не тільки в радянській доктрині і практиці, але й не меншою мірою у багатьох країнах Заходу. Зокрема, у США ця теорія тлумачення має назву «оригіналізм» і свого часу була досить поширеною і в академічних колах, і в судочинстві. Однак, як указує Р. Барнетт, нині серед американських учених загально визнано, що оригіналізм у такій інтерпретації загинув, був переможений в інтелектуальному двобої ще десь у 80-х рр. ХХ ст. [9, с. 1].

Відмиранню ідей оригіналізму сприяли різні фактори як суспільні, так і суто наукові. Передусім ринкова економіка за своєю природою більш рухлива, ніж економіка адміністративно-командного типу. Це позначається і на динаміці соціальних процесів та ускладненні структури суспільства загалом. Тому для західного суспільства з часом стала очевидною потреба у гнучкій теорії тлумачення, котра би визнавала судовий розсуд та дозволяла смислу норм підлаштуватися під зміни суспільних відносин. До того ж тлумачення не повинно бути надто динамічним, що могло би становити загрозу для правової визначеності.

Оригіналізм почав розхитуватись і на фундаментальному для нього методологічному рівні. Універсальна герменевтика Ф. Шлейєрмахера у другій половині ХХ ст. почала ставати архаїзмом, не витримавши конкуренції більш глибоких та послідовних герменевтичних поглядів М. Гайдеггера, Г. Гадамера, П. Рікера та ін. Процедура «психологічного вживання», ця своєрідна «альфа і омега» старої теорії тлумачення, почала здаватися не надто правдоподібним відображенням процесу інтерпретації.

Були, звісно, спроби її реанімувати і дати відповідь на критику в її бік [10; 11], однак успіху вони не досягли. Надто проблематичними залишилися такі моменти:

— чому смисл, який закладається автором у текст, тобто авторська інтерпретація тексту, має вищу силу, ніж інтерпретація читачів? Певна річ, автор є першим інтерпретатором власного тексту, але чому на цій першій інтерпретації слід поставити крапку? Чому історія тлумачення повинна перерватися вже на тлумаченні автора?

— процедура психологічного вживання ґрунтується на припущенні про здатність інтерпретатора замінити власну історичну субстанцію субстанцією автора тексту. Це заперечує істинності тлумачення в універсальній герменевтиці та оригіналізмі. Однак це положення тримається на двох сильних припущеннях: а) про рівність інтелектуальних здібностей автора і інтерпретатора (стежкою думок автора може пройти лише рівна йому за розумом людина); б) що ми можемо переміститись у свідомість автора та якимось чином відгородитись від нашого власного розуміння тексту.

Філософська герменевтика виходить із того, що процес тлумачення не потребує від інтерпретатора відмовлятися від власної історичної субстанції, власних поглядів чи упереджень, а так само не потребує вживання у думки автора, все це химерно і неправдоподібно. Інтерпретація не є відтворенням смислу, але процесом його створення (смысл як результат співтворства автора і читача). Безумовно, ми повинні розуміти першу інтерпретацію, але також

повинні враховувати, які зміни відбулися в розумінні тексту протягом його існування, і лише це може нас навести на думку, що цей текст означає тут і зараз. Це означає, що смисл є динамічним за своєю природою, а історія інтерпретацій — безкінечною. Кожна нова інтерпретація повинна враховувати попередній досвід тлумачення, але ним не зв'язана (адже попередня інтерпретація може бути помилковою, чи то можуть змінитися історичні умови, в яких «живе» текст).

Утім це аргументи з філософії, а комусь вони можуть здатися недостатніми. Старий погляд на тлумачення як на відшукання думки законодавця зустрівся з непереборними труднощами також із точки зору юристів.

Головними викликами старій теорії тлумачення є:

- проблема законодавчого співавторства;
- проблема перспективної дії норми;
- неможливість повного запровадження принципу усталеної судової практики;
- інквізиційний характер інтерпретації.

2. Законодавче співавторство

У літературі вже певний час почали помічати, що встановлення волі законодавця ускладнене наявністю колегіальних органів правотворчості [12, с. 53]. При всій повазі, послідовники «старої історії», як правило, розмірковують на диво наївно, буцімто є певна спільна воля народу, яку цей народ через законодавця втілює у закон [13, с. 339]. Правда ж полягає у тому, що, навіть прийнявши класову будову суспільства, ми не маємо підстав стверджувати, що певний клас з усіх питань, втілених у законодавстві, має спільну волю. Більшість соціально неоднорідного суспільства — це завжди більшість із конкретного питання.

Загалом, це застереження можна було б просто проігнорувати, адже так чи інакше закони приймаються не населенням, а парламентом і саме парламентарі закладають у закон певну волю. Утім, хіба воля парламентарів завжди однорідна? Певна річ, це надто сильне припущення, до того ж в умовах демократії.

Л. Розенталь писав, що невизначеність мови правових положень часто-густо є умисною: у такий спосіб ймовірніше домогтися схвалення закону в парламенті [14, с. 1]. Тобто закони можуть бути носіями не однієї, а багатьох думок і намірів.

У. Ескрідж вказує, що встановлення наміру ненадійне, адже законодавці не мають якогось наміру більше ніж щодо кількох питань (у найкращому випадку) в будь-якому біллі, за який вони голосують. Зазвичай законодавці голосують за той чи інший білль лише тому, що їхній президент, партійні лідери або вагомі інтерес-групи схвалюють його [15, с. 16].

Якщо двозначність чи незрозумілість норми лишається і після того, як вичерпані усі звичайні способи тлумачення, згідно зі старим підходом до тлумачення пропонується звернутися до історії прийняття закону та особливо — до підготовчих матеріалів. Проблема полягає в тому, що останніми можна досить успішно маніпулювати. Щодо цього суддя Ф. Істербрук влучно зауважував: «Якщо не можеш добитися, щоб твої пропозиції увійшли в закон, напиши хоча б історію його прийняття в такий спосіб, аби здавалося, що ти начеб переміг» [16, с. 125]. А. Скаліа в тому ж дусі зазначав, що визначати смисл юридичної норми через намір законодавця «ще гірше, ніж хитрощі, до яких, кажуть, вдавав-

ся імператор Нерон: закони вішали високо на стовпах, щоб їх складно було прочитати» [17, с. 17].

Годі щось і додавати до сказаного, проблему законодавчого співавторства можна вирішити не на рівні теорії права, а хіба що реанімувавши монархічну форму правління.

3. Проблема перспективної дії норми

Норма не завжди застосовується до ідеальних випадків, для яких вона передбачена. Розвиток економіки, науки, технічний прогрес — усе це може створити складнощі для правозастосування. У судовій практиці Верховного суду США якось трапився такий випадок. Поліція здійснила обстеження будинку підозрюваного за допомогою тепловізора [18]. Підсудний скаржився, що подібне обстеження є різновидом обшуку, а тому потребує дозволу суду. Поліція, у свою чергу, стверджувала протилежне — що обшук передбачає проникнення на територію будинку, чого у цій справі не відбулося. Верховний суд США постановив, що традиційне розуміння обшуку як обстеження з проникненням слід розширити з урахуванням мети Четвертої поправки, та включити до нього обстеження і без проникнення. Що би тут порадили робити прихильники старого підходу до тлумачення, сказати важко, оскільки використання тепловізора точно не охоплювалося наміром законодавця.

4. Принцип усталеної судової практики

Його ще називають м'якою моделлю прецедента, або *stare decisis*, яка діє в континентальній системі права. С. Шевчук пояснює: «у країнах романо-германського права офіційно судовий прецедент не визнається джерелом права, але практично він діє у вигляді концепції “усталеної судової практики” (*jurisprudence constante*), за якою “низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми”» [19, с. 23].

Таким чином, нині для судів континентального права стало звичним посилалися на інші судові рішення на обґрунтування своєї правової позиції. Те саме стосується і Конституційного Суду України (далі — КСУ), котрий у роботі активно посилається на свої ж попередні рішення, тим самим натякаючи на їх прецедентний характер. Утім положення про необхідність відшукування волі законодавця не узгоджується з доктриною прецеденту, навіть м'якою її формою, оскільки будь-які аргументи, крім мовного, логічного, системного та історичного тлумачення, не повинні братися до уваги. Радше навпаки, суд повинен тлумачити будь-який закон із «чистого аркуша»: якщо його цікавить лише воля законодавця, то з чого б це раптом він був зобов'язаний брати до уваги щось, що не стосується цієї волі, у тому числі свої наступні судові рішення?

В іншому місці ми назвали стару теорію тлумачення, з її невизнанням творчої ролі судді в інтерпретації, способом втечі від відповідальності за прийняті рішення [20]. Адже тут суд позірно відводить собі роль привида у процесі правового регулювання: якщо тлумачення позбавлене творчих рис, а є лише відшукуванням смислу, то як би не була розтлумачена Конституція — це завжди відповідальність законодавця, а не суду. Таким чином, стара теорія тлумачення створює дискурс безвідповідальності інтерпретатора. Цим пояснюється і той факт, що суди в континентальному праві значно частіше (а подекуди безтурбот-

но і без пояснень) переглядають свої інтерпретації законів у порівнянні з судами загального права, що жорстко зв'язані прецедентом та вдаються до перегляду лише у виняткових випадках, говорячи про це відкрито й наводячи спеціальне мотивування. *Визнання творчих рис інтерпретації, таким чином, створює підґрунтя для впровадження у правову систему України принципу усталеної судової практики.*

5. Інквізиційний характер інтерпретації

Стара теорія тлумачення перетворює інтерпретаційний процес на пошук істини, нівелюючи будь-які інші функції інтерпретаційної діяльності в механізмі правового регулювання. На жаль, цей догмат сформував дуже схоластичний характер мислення інтерпретаторів, що особливо негативно позначається на якості конституційного судочинства в Україні. От деякі прояви схарактеризованого схоластичного мислення.

Стара теорія тлумачення заперечує:

— *можливість використання прагматичних аргументів:* суд, націлений лише на відшукання істинного смислу, не повинен жодним чином перейматись тим, до яких наслідків може призвести його тлумачення. Тобто тлумачення розглядається суто як різновид пізнання, але не як різновид соціальної інженерії у розумінні Р. Паунда;

— *можливість використання аргументів до контексту життя норми:* якщо тільки не йдеться про оціночні поняття, будь-які звернення до такого контексту є надлишковими, бо завдання інтерпретатора є суто археологічним — відшукати, знайти, з'ясувати — не більше. Це заважає осучасненню Конституції засобами тлумачення, шкодить її динамізму, перетворює Основний Закон на якір для розвитку правової системи;

— *ціннісний бік процесу інтерпретації.* Суд, котрий сповідує стару теорію тлумачення, працює лише з текстом, а не із закладеними у нього цінностями. Цінності ж — справа законодавця. Інтерпретація не конче мусить бути справедливою. У цьому криється причина того, що інтерпретатор у старій системі тлумачення зовсім не переймається балансуванням правових цінностей, а відповідні рішення страждають односторонністю, позбавлені глибини, а це, у свою чергу, применшує їхню, так би мовити, доктринальну значущість.

III. Тлумачення права: нова історія

1. Про сучасну вітчизняну теорію тлумачення

Перше, що впадає в око при аналізі вітчизняної літератури з тлумачення права, — це її неабиякий обсяг. Безумовно, тлумачення є однією з найпопулярніших тем загальної теорії права. Але як не дивно, аналіз цих робіт заперечує гегелівську тезу про перехід кількісних змін у якісні. За поодинокими винятками, які становлять роботи Д. Бочарова, Т. Дудаш, Б. Малишева, П. Рабіновича, С. Шевчука та деяких інших дослідників, стан осмислення проблем тлумачення є назагал абсолютно незадовільним. От деякі вади, які ми маємо на увазі.

Епігонство, чи творчо неоригінальне наслідування робіт попередників, — це найбільш виразний і загальний недолік абсолютної більшості вітчизняних досліджень тлумачення права. Відсутність оригінальних чи просто цікавих гіпотез, на перевірку яких пишуться статті (про що свідчать вже назви таких публікацій), майже повна відсутність використання сучасної західної літератури та

незрозумілий методологічний фундамент, незнайомство з передовими філософськими й семантичними доробками (чи їхнє поверхове згадування, що називається, «для галочки») компенсуються затертими й розлогими обґрунтуваннями необхідності «точного з'ясування і роз'яснення всіх без винятку норм права», «послідовного використання кожного способу тлумачення», «неможливості зміни норм під виглядом інтерпретації» і т. ін. Ключові висновки наприкінці статей про те, що «норми повинні тлумачитись однаково», а тому «обов'язково має бути суд» [21, с. 16], що «Конституційний Суд повинен застосовувати за необхідності логічні, **теологічні** (виділення моє. — В. Г.), граматичні... системні способи (прийоми) для визначення обсягу і меж тлумачення¹» [22, с. 20], а «буква і дух у тлумаченні відіграють важливу роль», бо «дозволяють правильно і точно розкрити смисл правової норми» [23, с. 16], не потребують додаткових коментарів.

Слід констатувати, що у вітчизняному правознавстві тлумачення перетворилося на модний напрям для захисту кандидатських дисертацій з причин наявності значного обсягу літератури з теми. Хоча, як видається, тематика тут часом може бути надто складна й багатошарова як на початкового науковця, бо вимагає років роботи, у тому числі й із джерелами із суміжних галузей знань — філософії, лінгвістики, семіотики тощо. Безумовно, тлумачення права — одна з тих тем, якими треба жити.

Недостатня кількість сучасної монографічної літератури за темою. Радянська правнича наука присвятила загальним питанням тлумачення права цілу низку прогресивних на свій час монографічних досліджень, з-поміж котрих особливо виділяються роботи М. Вопленка, П. Недбайла, А. Піголкіна та О. Черданцева [24; 25; 26; 27; 28]. Вітчизняному ж правознавству дуже відчутно бракує подібних за авторитетністю, масштабом і глибиною робіт.

Мабуть, найбільш цитована в літературі монографія Ю. Власова [29] при її детальному аналізі виявляється на лівову частку детальним переказом двох монографічних робіт О. Черданцева, ще й до всього з використанням джерел останнього як своїх. На звання рупора сучасної теорії тлумачення не може претендувати й добре відома монографія Ю. Тодики, адже виконана в межах того, що ми називаємо старою теорією тлумачення, а вплив робіт згаданого О. Черданцева тут теж дуже відчутний [30]. Слід позитивно відзначити монографічні роботи І. Сліденка та Л. Чулінди, утім праці цих авторів присвячено спеціальним темам, а тому вони не можуть послужити противагою для комплексних робіт радянських правників [31; 32].

Означений стан справ призводить до своєрідного гніту радянського правознавства над сучасною українською доктриною тлумачення. Припускаємо, що відсутність комплексних прогресивних монографічних досліджень є одним із факторів, у зв'язку з котрими КСУ у своїй роботі продовжує відверто використовувати застарілу методологію тлумачення. Про це свідчить така його правова позиція, висловлена порівняно нещодавно: «Офіційним тлумаченням вважається діяльність компетентного органу державної влади щодо з'ясування і роз'яснення волі законодавця, матеріалізованої в нормі права (усвідомлення та роз'яснення смислу норм права з метою найбільш правильної їх реалізації)» [33].

¹ Тобто тлумачення застосовується, на думку автора, для визначення своїх же меж.

У своїх рішеннях єдиний орган конституційної юрисдикції України часто-густо звертається до намірів законодавця, наголошуючи на необхідності їх правильного встановлення [34]. У практиці КСУ, як зазначає О. Денькович, широко використовуються такі спеціальні засоби задля відображення волі законодавця, як-от: стенограми засідань Верховної Ради України про прийняття нормативно-правового акта, проекти таких актів, матеріали їх обговорення тощо [35, с. 312, 313].

Стара теорія тлумачення в літературі і стара теорія тлумачення у практиці КСУ та інших судових інстанцій створюють замкнене коло. Необхідність його розірвання є безумовною принаймні у світлі євроінтеграційних процесів, які нині відбуваються в Україні.

2. Обриси нової теорії тлумачення

Передусім слід визначитись, якими рисами повинна володіти нова теорія тлумачення, що буде її вигідно відрізнити від старої. Щодо цього є наступні міркування.

Оновлений методологічний фундамент. Положення універсальної герменевтики як фундаменту старої теорії тлумачення повинні бути замінені положеннями сучасних семантико-герменевтичних вчень, зокрема філософської герменевтики. Це означає принаймні таке: визнання творчого характеру інтерпретації, динамічності смислу та наступності інтерпретації. Інтерпретація не може бути приречена на застій, але розвиток повинен здійснюватися лише за наявності релевантних змін у суспільному контексті, котрі виключають дію попередньої інтерпретації. Нова інтерпретація не може писатися з чистого аркуша, але повинна бути логічним продовженням старої інтерпретації в новому контексті (в термінології Р. Дворкіна інтерпретація є «ланцюговим романом»).

Поєднання гнучкості та стабільності. Вимога пов'язана з попередньою. Методологія, яку використовує інтерпретатор, а передусім той, кому ввірене офіційне тлумачення Конституції, повинна забезпечувати баланс між статикою і динамікою. Принцип усталеної судової практики має бути пріоритетним, але не зв'язувати суд настільки, щоб прирікати Конституцію на архаїчність.

Оновлення уявлення про мету тлумачення з урахуванням вимог нової методології. Тлумачення не може відбуватися без уявлення про його мету. Якщо такою метою не є воля законодавця, то місце останньої повинне зайняти інше обґрунтоване уявлення.

Оновлена техніка і технологія тлумачення. Набір засобів, способів та прийомів тлумачення тексту повинен відповідати меті тлумачення. Безумовно необхідним є визнання еволюційного тлумачення як способу, котрий забезпечує осучаснення змісту юридичних норм за незмінності тексту джерела права. Це не означає применшення ролі традиційних для старої теорії способів тлумачення, як-от історичний, та засобів, як-от матеріали парламентських слухань. Але аргументи до намірів не повинні більше виступати як «цариця доказів». Оцінювання ж аргументів має відбуватися на засадах їхньої рівності й відкидати будь-яку наперед задану їх силу.

Урахування ціннісного та прагматичного аспектів тлумачення. Теорія тлумачення повинна брати до уваги цінності, котрі стоять на кіну судового рішення, а також наслідки, котрі воно може потягти. Це аргументи іншого ґатунку ніж традиційні мовні, логічні, системні, історичні і навіть еволюційні, бо діють на

різних «рівнях абстрагування» (термін А. Барака). Однак ці аспекти є не менш важливими і мають бути збалансовані з традиційними аргументами.

Диференційоване ставлення до різних джерел права. Певні інтерпретаційні аргументи (скажімо, аргументи історичного тлумачення) при тлумаченні одних джерел можуть мати іншу вагу, ніж при тлумаченні інших. Новітня теорія тлумачення має бути здатною намацати особливості джерел права та відобразити ті в підході до їх тлумачення.

Створення комплексного уявлення про інтерпретаційні системи (підходи до тлумачення). Поділ підходів до тлумачення на суб'єктивні й об'єктивні вже не враховує всієї складності позначуваних цими термінами явищ. Інтерпретаційні системи надто ускладнилися, а в їхніх межах вже давно відбувся внутрішній поділ. Теорія права повинна скласти загальне бачення інтерпретаційних систем, а також показати, яка з них заслуговує на використання у судовій практиці.

Ми почнемо давати відповіді на вказані запитання вже тут.

3. Сучасні підходи до тлумачення права (інтерпретаційні системи)

Теорія тлумачення, підхід до тлумачення чи інтерпретаційна система — це система уявлень, які визначають мету тлумачення та набір способів і засобів, необхідних для її досягнення.

Як вже зазначалося, світовій науці відомі такі підходи до тлумачення юридичних норм:

- суб'єктивні та об'єктивні;
- статичні (в англійській традиції — «оригіналістичні») та динамічні (в англійській традиції — «неоригіналістичні»).

Перший поділ характерний здебільшого для континентальної юридичної літератури, другий — для американської. Причому йдеться не про різні назви тих самих позицій. Критерії виокремлення цих підходів мають змістовно різний характер.

«Оригіналізм» є назвою низки вчень, спільним для яких є твердження, що законодавчий текст на момент його створення має деяке фіксоване (*статичне*) значення і саме це значення повинно бути застосоване під час вирішення справи. Його антиподом є неоригіналізм, який наполягає на «рухливості» (*динамічності*) смислів правових приписів. Інколи неоригіналістів називають прихильниками «живої» конституції.

Таке групування, безперечно, умовне. Насправді між деякими видами оригіналізму спостерігається більше суперечностей, ніж між оригіналістичними та неоригіналістичними вченнями.

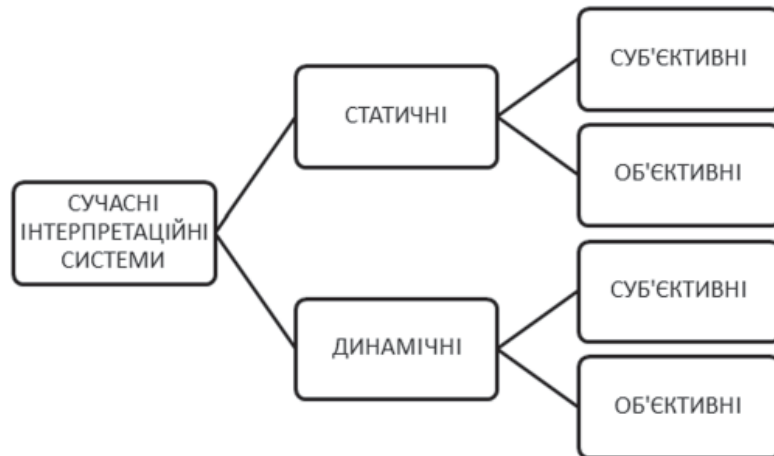
Суб'єктивні теорії тлумачення пов'язують зміст юридичної норми з намірами безпосереднього нормотворця, його волею. Відповідно до цього підходу, суддю цікавить намір законодавця: часу прийняття чи часу застосування закону. Об'єктивні теорії тлумачення визначають зміст юридичної норми як такий, що не залежить від намірів його безпосереднього автора. Натомість інтерпретатора має цікавити, як розуміє те чи інше положення звичайний читач: часу прийняття чи часу застосування закону. Задля справедливості зауважимо, що деякі суб'єктивні теорії мають більше спільного з деякими об'єктивними теоріями, ніж між собою.

Як бачимо, поділ правотлумачних підходів на оригіналізм та неоригіналізм здійснюється з тієї підстави, який смисл підлягає з'ясуванню — первинний чи

якийсь інший. Класифікація на суб'єктивні та об'єктивні підходи ґрунтується на тому, чия думка є вирішальною: конкретного законодавця чи пересічного (звичайного, розумного) читача.

Зрештою, такі поділи самі по собі мають незначну корисність. Одержані внаслідок їхнього застосування групи вміщують настільки різноманітні явища, що ті, своєю чергою, також потребують поділу. Наприклад, суб'єктивні підходи можуть орієнтуватись і на незмінне, і на динамічне значення норми (але ж тоді це зовсім різні підходи!). Так само й оригіналістичні підходи поєднують несумісні течії — ті, які спрямовані на з'ясування наміру законодавця, і ті, які орієнтуються на первинне об'єктивне значення слова — це теж, у деякому розумінні, протилежні підходи. Існує розбіжність між тим, щоб дати поняття тому чи іншому явищу, і тим, щоб знайти абстрактну рису, властиву кільком явищам. Те, що ми маємо на увазі, коли говоримо, наприклад, про суб'єктивний правотлумачний підхід, — насправді не поняття, а лише абстрактна ознака, спільна для декількох підходів.

Отже, однієї ознаки замало для проведення обґрунтованого та конструктивного поділу правотлумачних підходів. Видається, почергове застосування означених критеріїв (змішаного критерію) може бути досить корисним у цьому розумінні. Пропонований поділ можна зобразити у вигляді схеми:



Статично-суб'єктивні (первинно-суб'єктивні, оригіналістично-суб'єктивні) підходи вказують, що завданням тлумачення є віднайдення первинного суб'єктивного змісту законодавчого положення, який тотожний волі, наміру чи думці історичного законодавця. Способами тлумачення тут є філологічне (з акцентом на значенні слів на момент ухвалення норми), системне та історичне. Особливими засобами тлумачення є різноманітні підготовчі матеріали, у тому числі матеріали парламентських слухань, пояснювальні записки до законопроектів тощо.

Статично-об'єктивні (первинно-об'єктивні, оригіналістично-об'єктивні) підходи полягають у тому, що завданням тлумачення є віднайдення первинного об'єктивного смислу законодавчого положення — смислу, що міг бути вчитаним звичайним громадянином у часи прийняття цього закону. Способами тлумачення тут є філологічне (з акцентом на значенні слів на момент ухвалення

норми) і системне. Особливим засобом тлумачення є тлумачний словник, видання якого найбільше збігається з часом ухвалення норми. Аргументи до намірів законодавця ігноруються.

Динамічно-суб'єктивні (сучасно-суб'єктивні, неоригіналістично-суб'єктивні) підходи передбачають, що застосуванню підлягає сучасний суб'єктивний смисл закону, під яким розуміють волю, намір чи думку законодавця часу застосування норми. Способами тлумачення тут є філологічний (з акцентом на значенні слів на момент застосування норми), системний та еволюційний. Особливими засобами тлумачення тут виступають нове законодавство, програми діючого уряду тощо.

Динамічно-об'єктивні (сучасно-об'єктивні, неоригіналістично-об'єктивні) підходи виходять із того, що застосуванню підлягає той сучасний об'єктивний смисл закону, який встановив би пересічний громадянин часу застосування норми. Способами тлумачення тут є філологічний (з акцентом на значенні слів на момент застосування норми), системний та еволюційний. Особливим засобом є тлумачний словник, видання якого найбільше збігається з часом застосування норми.

Для повноти цього переліку маємо згадати ще *змішані (несинтетичні) та синтетичні підходи до тлумачення*. Змішані поєднують у собі ознаки щонайменше двох із вищенаведених підходів. Але поєднання це механічне або поетапне (наприклад, коли вказують, що спершу слід встановити звичайне значення слів, а якщо цього буде недостатньо і сумніви все ще будуть, встановити намір законодавця), тоді як синтетичні намагаються дістати «сплав» різнорідних інтерпретаційних аргументів, виявити місце їх перетину.

Запропонована класифікація має на меті внести уточнення не тільки формального, а й змістового характеру в загальнотеоретичні питання тлумачення та виправити понятійну неузгодженість, яка тут подекуди трапляється. Водночас така класифікація має й інструментальне значення в межах нашого дослідження.

Протиставлення об'єктивних і суб'єктивних теорій тлумачення здійснювалось неодноразово у радянській юридичній літературі. Тут варто було б найперше згадати роботи С. Вільнянського, П. Недбайла, А. Піголкіна та О. Черданцева [36, с. 42, 25; 26, с. 336–339; 27, с. 20; 28, с. 6–15]. У своїх працях вони розглядали об'єктивні теорії як тотожні (або принаймні дуже близькі) доктрині «живої конституції» (неоригіналізму), яка «розв'язує руки» буржуазним суддям, щоб підправляти закон за бажанням панівного класу.

Дехто з науковців і досі огульно критикує об'єктивні теорії за порушення «стабільності правопорядку» [37, с. 81], «спричинення невпевненості у стосунках між людьми» [32, с. 21] тощо. Очевидно, під об'єктивними теоріями тут розуміють ті, що ми назвали динамічно-об'єктивними (які допускають можливість еволюції змісту норм та перетлумачення). Насправді об'єктивні підходи не тільки можуть, а й часто мають саме статичний характер (див. статично-об'єктивні підходи).

Так, О. Черданцев указував, що об'єктивні теорії мають завданням з'ясувати волю актуального законодавця [37, с. 71]. Цікаво, чому ж тоді такі теорії взагалі називаються «об'єктивними»? Чому з'ясування волі історичного законодавця називають «суб'єктивним» підходом, а з'ясування волі актуального законодавця — «об'єктивним»? В обидвох випадках інтерпретаційні зусилля спрямовуються на явища суб'єктивності: волю, наміри, думки чи уявлення. Відмінність

хіба в тому, що ми маємо справу з різними законодавцями і, відповідно, з різними явищами суб'єктивності. Але з'ясування думок актуального законодавця, певна річ, неправомірно характеризувати як «об'єктивний» підхід.

Поділ правотлумачних підходів, який ми запропонували вище, вільний від суперечностей такого ґатунку та не просто віднаходить спільну ознаку для кількох підходів, а дає їх поняття, фіксуючи властиві їм риси.

4. Яка правотлумачна система найкраще відповідає вимогам сучасності?

Означеним вище вимогам до теорії тлумачення найбільше відповідає, на нашу думку, синтетична. А. Барак називає її «інтегративною суб'єктивно-об'єктивною системою тлумачення в праві» та переконує, що вона вже десятки років успішно використовується у Верховному суді Ізраїлю [38, с. 37].

Як нам видається, синтетична система позитивно відрізняється від інших тим, що:

- узгоджується з новою герменевтичною методологією;
- намагається досягти погодження (своєрідного примирення) між різнорідними правотлумачними аргументами, не нівелюючи жодного з них;
- у випадку, якщо синтез неможливий, вона вирішує конфлікт інтерпретацій на підставі оцінки ваги правотлумачних аргументів: що менших груп суспільних інтересів торкається нормативно-правовий акт, то більшої ваги набувають під час його тлумачення аргументи про наміри його укладачів (історичне тлумачення). І навпаки, якщо нормативно-правовий акт стосується широких суспільних інтересів, зокрема прав людини, значної ваги набувають неоригіналістичні аргументи (а саме, еволюційне тлумачення);
- ураховує необхідність дотримання принципу усталеної практики тлумачення, але в окремих випадках дозволяє перегляд;
- ураховує баланс цінностей, які стоять на кінці судового рішення, а також можливі результати тлумачення.

Синтетична теорія потенційно здатна досягти найповнішої цілісності інтерпретації права, а разом з тим — її справедливості.

Замість висновку

Ми віримо, що спільними зусиллями прогресивних представників науки вітчизняна теорія тлумачення зможе скинути з себе пута старої методології. Звісно, будь-які зміни викликають занепокоєння і цілком допустимо, що зміна парадигми юридичної інтерпретації призведе до певних негативних наслідків в юридичній практиці. Однак слід чітко розуміти відсутність жодної альтернативи цим змінам. Як казав Х. Колумб: «Ти ніколи не перетнеш океан, якщо не наберешся сміливості випустити з виду берег...»

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition / R. Zimmermann. — Capetown, Wetton, Johannesburg : Juta & Co, Ltd, 1992. — 1241 p.
2. *Боголепов Н.* Учебник истории римского права / Н. Боголепов. — М. : Унив. тип. «Страстной бульваръ», 1895. — 640 с.
3. *Savigny F. K. v.* System des heutigen römischen Rechts / F. K. v. Savigny. — Berlin : Veit und Comp., 1840. — 429 S.

4. *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов / Е. В. Васьковский. — М. : Юрид. бюро «Городец», 1997. — 128 с.
5. *Пухта Г. Ф.* Курсъ римскаго гражданского права : в 2 т. / Г. Ф. Пухта ; пер. с нем. проф. Рудорффа. — М. : Современ. изв., 1874. — Т. 1. — 575 с.
6. *Гредескул Н. А.* К учению об осуществлении права / Н. А. Гредескул. — Харьков : Тип. А. Дарре, 1900. — 238 с.
7. *Binding K.* Handbuch des Strafrechts: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft / Karl Binding. — Duncker & Humblot, 1885. — 949 S.
8. *Грязин И.* Текст права. Опыт методологического анализа конкурирующих теорий / И. Грязин ; отв. ред. А. А. Порк. — Таллинн : Ээсти раамат, 1983. — 187 с.
9. *Barnett R. E.* An Originalism for Nonoriginalist / R. E. Barnett // Boston University School of Law. — 1999. — Working paper № 99-14. — 39 p.
10. *Бетти Э.* Герменевтика как общая методология наук о духе (фрагмент) / Э. Бетти // Докса : зб. наук. пр. з філософії та філології. Вип. 10 : Стратегії інтерпретації тексту: методи і межі їх застосування. — Одеса : ОНУ ім. І. Мечникова, 2006. — С. 367–390.
11. *Ванхузер К. Дж.* Искусство понимания текста. Литературоведческая этика и толкование Писания : пер. с англ. / К. Дж. Ванхузер. — Черкаскы : Коллоквиум, 2007. — 736 с.
12. *Михайлович Д. М.* Официальное толкование закона : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Дмитрий Марьянович Михайлович. — Харьков, 2003. — 203 с.
13. *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М. : Госюриздат, 1960. — 512 с.
14. *Rosenthal L.* Does Due Process have an Original Meaning? On Originalism, Due Process, Procedural Innovation ... and Parking Tickets / Lawrence Rosenthal // Oklahoma Law Review. — 2007. — Vol. 60, № 1. — P. 1–52.
15. *Eskridge W. N. Jr.* Dynamic Statutory Interpretation / W. N. Jr. Eskridge. — Cambridge : Harvard University Press, 1994. — 438 p.
16. *Melin P.* Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland: historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einhaftkaufrecht (CISG) / Patrick Melin. — Tübingen : Mohr Siebeck, 2005. — 598 S.
17. *Scalia A.* Common-law courts in a civil-law system / A. Scalia // A Matter of Interpretation. — Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1997. — P. 3–48.
18. *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://supreme.justia.com>
19. *Шевчук С. В.* Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / С. В. Шевчук. — Х. : [б. в.], 2008. — 39 с.
20. *Гончаров В.* Безответственность интерпретатора в контексте традиционной теории толкования правовых норм / В. Гончаров // Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи) : ст. учасн. восьмого Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 7–8 груд. 2012 р.). — Львів : Галиц. друкар, 2013. — С. 120–131.
21. *Молибога М. П.* Тлумачення норм права: теоретичні засади та практичний вимір / М. П. Молибога // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності — 2010. — № 3. — С. 12–16.
22. *Корейба І. В.* Офіційне тлумачення як повноваження Конституційного Суду України / І. В. Корейба // Право і Безпека. — 2009. — № 5. — С. 14–20.
23. *Савенко М. Д.* Буква і дух у тлумаченні правових норм / М. Д. Савенко // Наук. зап. НаУКМА. Сер. Юрид. науки. — 2008. — Т. 77. — С. 13–16.

24. *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права / Н. Н. Вопленко. — М. : Юрид. лит., 1976. — 119 с.
25. *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М. : Госюриздат, 1960. — 512 с.
26. *Пиголкин А. С.* Толкование нормативных актов в СССР / А. С. Пиголкин. — М. : Госюриздат, 1962. — 166 с.
27. *Черданцев А. Ф.* Вопросы толкования советского права / А. Ф. Черданцев. — Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. — 191 с.
28. *Черданцев А. Ф.* Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. — М. : Юрид. лит., 1979. — 168 с.
29. *Власов Ю. Л.* Проблеми тлумачення норм права : монографія / Ю. Л. Власов. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — 180 с.
30. *Тодыка Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины / Ю. Н. Тодыка. — Харьков : Факт, 2003. — 328 с.
31. *Сліденко І. Д.* Тлумачення конституції: питання теорії і практики в контексті світового досвіду / І. Д. Сліденко. — Одеса : Фенікс, 2003. — 234 с.
32. *Чулінда Л. І.* Юридико-лінгвістичне тлумачення текстів нормативно-правових актів : монографія / Л. І. Чулінда. — К. : Атіка, 2006. — 152 с.
33. *Ухвала Конституційного Суду України від 31.03.2010 р. № 15-у/2010* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>
34. *Рішення Конституційного Суду України від 25.10.2000 р. № 12-рп/2000* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>
35. *Денькович О.* Об'єкт та предмет тлумачення Конституційним Судом України в кримінальному праві / О. Денькович // Вісн. Львів. ун-ту. Серія юридична. — 2011. — Вип. 52. — С. 309–318.
36. *Вильнянский С. И.* Толкование и применение гражданско-правовых норм / С. И. Вильнянский // Методические материалы ВЮЗИ. — 1948. — Вып. 2. — С. 42–61.
37. *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора / А. Ф. Черданцев. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — 381 с.
38. *Barak A.* Purposive Interpretation in Law / A. Barak. — Princeton University Press : Princeton, New Jersey, 2005. — 423 p.

Гончаров В. В. Від старої теорії тлумачення до нової: основні виклики та рішення

Анотація. У статті висвітлюється стара теорія тлумачення, котра наполягає на відшуканні в тексті джерела права намірів законодавця. Стверджується її невідповідність часу та наводяться головні критичні аргументи. Критично проаналізовано нинішній рівень вітчизняних робіт у галузі тлумачення. Подаються основні риси, котрим повинна відповідати нова теорія тлумачення: заміна методологічного фундаменту, поєднання гнучкості й стабільності, оновлення уявлення про мету тлумачення з урахуванням вимог нової методології, оновлена техніка й технологія тлумачення, врахування ціннісного та прагматичного аспектів тлумачення, диференційоване ставлення до різних джерел права. Запропоновано нову класифікацію теорій тлумачення чи правотлумачних систем. Вони поділені на статично-суб'єктивні, статично-об'єктивні, динамічно-суб'єктивні, динамічно-об'єктивні, змішані й синтетичні. Обґрунтовано позитивні риси синтетичної теорії тлумачення.

Ключові слова: теорія тлумачення, герменевтика, оригіналізм, статика, динаміка.

Гончаров В. В. От старой теории толкования к новой: основные вызовы и решения

Аннотация. В статье освещается старая теория толкования, которая настаивает на отыскании в тексте источника права намерений законодателя. Утверждается ее несоответствие времени и приводятся главные критические аргументы. Критически проанализирован нынешний уровень отечественных работ в области толкования. Приводятся основные черты, которым должна соответствовать новая теория толкования: замена методологического фундамента, сочетание гибкости и стабильности, обновление представления о цели толкования с учетом требований новой методологии, обновленная техника и технология толкования, учет ценностного и прагматического аспектов толкования, дифференцированное отношение к разным источникам права. Предложена новая классификация теорий толкования или правоинтерпретационных систем. Они поделены на статически-субъективные, статически-объективные, динамично-субъективные, динамично-объективные, смешанные и синтетические. Обоснованы положительные черты синтетической теории толкования.

Ключевые слова: теория толкования, герменевтика, оригинализм, статика, динамика.

Goncharov V. From the Old to the New Theory of Interpretation: the Main Challenges and Solutions

Summary. The article enlightens the old theory of interpretation, which insists on finding the intentions of the legislator in the text of law. Its obsolescence is alleged and the main critical arguments are set forth. Critical analysis of the current level of domestic works in the field of interpretation is given. The basic features that should meet the new theory of interpretation are provided: changed methodological foundation, the combination of flexibility and stability, updated understanding of purpose of interpretation with the requirements of the new methodology, updated technics and technology of interpretation, consideration of values and pragmatic aspects of interpretation, differential treatment to different sources of law . A new classification of theories of interpretation or interpretive systems is set. They are divided into static-subjective, static-objective, dynamically-subjective, dynamically-objective, mixed and synthetic. Positive features of synthetic theory of interpretation are proved.

Key words: theory of interpretation, hermeneutics, originalism, statics, dynamics.

«ВІЗУАЛЬНА МЕТАФОРА» В ЮРИСПРУДЕНЦІЇ: ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ОЧЕВИДНОСТІ Й ОЧЕВИДНІСТЬ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

Д. БОЧАРОВ
*кандидат юридичних наук, доцент,
декан юридичного факультету
(Академія митної служби України)*



«Якщо на клітці зі слоном побачиш напис «бугай» — не вір очам своїм», — бундючно застерігає заявлений «афоризм» Козьми Пруткова. А проте за цією на позір вульгарною сентенцією прихований серйозний парадокс. Зрештою, у цьому немає нічого дивного: так само за кумедною постаттю претензійного й недолугого чиновника-літератора «ховалася» трійця непересічних мислителів і талановитих авторів (брати О. М. і В. М. Жемчужникови й О. К. Толстой). Адже недарма сказано: очевидність оманлива...

Офтальмологічний «парадокс Пруткова» можна сформулювати так: чи слід у змальованій ситуації вірити (не вірити) напису «бугай», який ти *бачиш* на клітці, а чи тому, що у клітці слон, якого ти так само *бачиш*?

Більшість відповість на це запитання просто. Слон опинився у клітці бугая помилково, або помилково на клітці зі слоном опинився напис «бугай», або це просто поганий жарг. Адже ми знаємо, яким на вигляд є слон і здатні відрізнити його від бугая, а в даному випадку ми *бачимо* саме слона. Тобто ми не сумніваємось у тому, що бачимо, якщо вже знаємо те, що бачимо. Іменуючи створених богом тварин, як кажуть не позбавлені гумору англійці, Адам назвав тигра «тигром» тому, що той був схожий на тигра...

Але пафос «афоризму» айхмістра (чиновника пробірної палатки) Пруткова не має нічого спільного з банальним здоровим глуздом чи життєвим досвідом більшості. Так, ми бачимо те, що ми знаємо; але знати — прерогатива небагатьох обраних, які й визначають те, що бачать інші. Не варто забувати, що Прутков — айхмістр, «інспектор мір і ваг», і саме він має вирішувати, якими є справжня «міра й вага» того, що ми звично сприймаємо як очевидне. Отже, якщо на клітці написано «бугай», але те, що в клітці, видається тобі слоном — не вір очам своїм. Звісно, якщо напис зроблений компетентною (в усіх смислах) особою.

Отже, «парадокс Пруткова» може бути розгорнений і в іншій площині: чи здатні ми *бачити* слона, якщо не знаємо слона? А звідси ще більш цікаве питан-

© Д. Бочаров, 2014

ня: чи можливо *побачити*, згідно з написом «бугай», який утілює знання, замість слона — бугая?

Усі ці дивні, на перший погляд, питання пов'язані з проблемою визначення співвідношення бачення й знання та їх взаємовпливу, а також із роллю візуальної метафори в теорії пізнання.

Адже не секрет, що візуальна метафора донині займає чільне місце у вітчизняній теорії пізнання; і насамперед у гносеології юридичній. До того ж представлена найрадикальнішою з можливих форм візуальної метафори — метафорою дзеркала.

Завдячуємо цим переважно ленінському визначенню матерії як даної нам у відчуттях об'єктивної реальності, що «копіюється, фотографується, відбивається» (sic!) нашими чуттями, та заснованій на ньому «теорії відбиття», а також інертності закоріненої в радянській минувшині наукової методології [9, с. 274–275]. При тому роботу Г. фон Гельмгольца, з критики положень якої В. Леніним і виросла згодом неоконкретна «ленінська теорія відбиття», за радянських часів, здається, так і не було видано з ідеологічних міркувань: аби в когось не виникло спокуси перевірити слушність і ґрунтовність ленінської критики чи просто зіставити науковий рівень першої й другої. Що ж до суті ленінського трикратно опосередкованого метафорою дзеркала (копіюється, фотографується, відбивається) визначення поняття матерії (об'єктивної реальності) й форм її пізнання, то краще за логіка, соціолога й філософа О. Зинов'єва його не схарактеризуєш, хоч у філософських термінах, хоч у скатологічних [12, с. 70, 130, 169–170]. Чим пояснити особливу прихильність до «теорії відбиття» саме юристів — невідомо. Хіба що корпоративною солідарністю...

Заснована на метафорі «дзеркала» теорія «відбиття/відображення». Її головна теза в максималістській формі стверджує, що відчуття, поняття, наукові констатації та теорії являють собою лиш образи, «зліпки», копії та навіть «фотографії» дійсності, які виникають унаслідок відбиття навколишнього світу мозком і сенсорними аналізаторами людини. Власне, пізнання отожднюється з відбиттям, «відображенням», хоч і зазначається, що це «живе», а не дзеркально-мертвенне відображення [5, с. 73; 9, с. 275; 16, с. 151]. При тому намагання адептів теорії відбиття «оживити» дзеркало згідно з власними уявленнями про пізнання як «живе відображення» здебільшого мають доволі недолугий, а подеколи й курйозний вигляд [5, с. 76, 81–82].

Метафора пізнання як «відбиття/відображення» створює ілюзію простоти й об'єктивності. Звиклі від самого дитинства до візуального сприйняття світу, ми вважаємо свою здатність бачити так, як ми бачимо, чимось природним, само собою зрозумілим; таким, що не потребує зусиль і навичок. Ми переконані, що світ відбивається в наших очах, наче в дзеркалі, й ми бачимо його як є. Нічого зайвого, нічого «від себе»: ідеал об'єктивності — це віддзеркалення.

Почасти своїм статусом «верифікатора» пізнання дзеркало завдячує канонам художньої репрезентації, сформованим під впливом аксіом евклідової геометрії, законів геометричної оптики та ренесансному вченню про перспективу. Вимога Ф. Брунеллескі «зображувати все так, як воно виглядає в дзеркалі» та пізніші рекомендації да Вінчі перевіряти за допомогою дзеркала правильність зображення й «перетворити свій розум на дзеркало» згодом стали визначальними не лише для мистецтва, а й для науки.

Але те, що дзеркало не такий вже й безпомільний верифікатор дійсності, як уважав майстер Леонардо, доведено неодноразово й так само митцями; доцільно згадати хоча б бездоганну «з позиції» дзеркала «кімнату Е. Еймса» [10, с. 194–198; 11, с. 27–31] чи «неможливий трикутник» Л. і Р. Пенроузів [10, с. 244; 11, с. 59–64], уможливлений саме завдяки дзеркалу. Здатні спричинити когнітивний ступор парадоксальні малюнки М. Ешера [11, с. 60–61], виконані згідно з вимогами ренесансної перспективи, ідеалом якої виступає дзеркальне відображення, також є доволі промовистими в цьому сенсі.

Не вдаючись до розлогих демонстрацій положень критики щодо «метафори дзеркала» як засадничого концепту гносеології, головну ваду цього підходу можна відзначити таким чином: «метафора дзеркала», як і будь-яка метафора, суттєво звужує поле можливих інтерпретацій концепту пізнання, затемнює несумісні з цією метафоричною матрицею його аспекти та зумовлює потребу розгляду цілої низки пов'язаних із цим проблем і нейтралізації небезпек. У стандартній концепції гносеології, опосередкованій дзеркальною метафорою, фактично відбувається змішування ідей здорового глузду і філософії, а перенесення «буденних» значень до філософського контексту складає одну з причин наївності та суперечливості традиційної гносеології, базис якої становить теорія відбиття чи то пак «відображення» [5, с. 79; 9, с. 275–276; 16, с. 158].

Інакше кажучи, теорія «відбиття/відображення» приречена на хиби буквального трактування дзеркальної метафори [16, с. 158]. Опосередкування гносеологічних підвалів «метафорою дзеркала» приводить до панування механістичної моделі пізнання як «відбиття/відображення», в якій біологічним аспектам, психології й когнітивним нюансам сприйняття й осмислення взагалі немає місця. Фізикалізм метафори дзеркала зумовлює трактування об'єкта пізнання як «математико-механіко-машинної структури», а його суб'єкта — не більше, ніж у ролі оптичної лінзи, як копіювальний пристрій [9, с. 276; 16, с. 155, 157]. Базова метафора «відбиття/відображення» фіксує радше кінцевий результат діяльності пізнання (відповідність уявлень дійсності), ніж її операційну сторону; пізнання ж як таке здійснюється переважно «невідбиттєвими» за своєю сутністю операціями (вибір, категоризація, редукція, інтерпретація, репрезентація тощо) [5, с. 79; 9, с. 276; 16, с. 22, 28–29]. Таким чином, фіксація за допомогою метафори дзеркала на кінцевому результаті (істина як «відбиття/відображення» дійсності в уявленнях) має позитивний сенс у контексті формування пізнавального ідеалу, але зовсім непридатна (ба навіть шкідлива) в сенсі методологічному.

Попри все зазначене вище, навряд чи доречно заперечувати пізнавальну продуктивність метафор загалом; тут ідеться радше про те, що метафора як інструмент маркування проблемних аспектів знання й можливих векторів пошуку здатна зумовлювати й протилежний очікуваному ефект. Певна частина метафорично осмисленого концепту не відповідає й не може відповідати використаній метафорі. Структурований метафорою концепт завжди структурований лише частково і може бути розвинений тільки в певному напрямі. Та ж таки системність, яка дає можливість осмислити певний аспект одного концепту в термінах іншого, невідворотно затемнює інші сторони цього концепту [14, с. 34].

До того ж, евристично продуктивні зазвичай лише «свіжі» метафори, натомість усталені, «заяложені» справляють зворотний ефект, гальмуючи пошук та локалізуючи його своїми рамками. Метафора змушує нас звернути увагу на

певну схожість — часто нову й несподівану — між деякими речами. Аналіз метафори не розкриває характеру цього відношення, не пояснює його смисл, але вказує на певну, до того знехтувану можливість осмислення. Проте, «дозволяючи сфокусувати увагу на одному аспекті поняття, метафора може перешкоджати тому, щоб були помічені й інші аспекти, несумісні з нею», — переконані Дж. Лакофф і М. Джонсон [14, с. 31]. У всіх сферах життя ми визначаємо реальність мовою метафор, а потім діємо відповідно до них. Ми робимо висновки, визначаємо цілі, беремо на себе зобов'язання, реалізуємо плани — і все це на основі структурування досвіду, свідомо чи несвідомо здійснюваного нами за допомогою метафор [14, с. 184, 186]. Наука й юриспруденція — не виняток, осмислення теоретичних і практичних проблем теж здійснюється під впливом установок, вироблених на ґрунті метафоричних матриць, і в рамках, які задані такими матрицями. А можливість запровадження в ролі координуючих метафор, несумісних із базовою метафорою матриці, є доволі сумнівною. Базовою ж метафорою традиційної теорії пізнання, як зазначалося, залишається метафора дзеркала, що навряд чи сумісна з іншими метафорами, не пов'язаними з ідеєю «відбиття/відображення».

Підсумовуючи зазначене, маємо констатувати, що розвиток оригінальних ідей про сутність пізнання реальний лише в рамках нової метафоричної матриці. Адже «скасувати метафору можна тільки інакшою метафорою» [2, с. 304]. Які ж альтернативи можливі на цьому шляху?

Галактика Гутенберга: пізнання як читання. На самому початку квартирування у місіс Хадсон на Бейкер-стрит, 221б, якось ранком, в очікуванні сніданку доктор Ватсон випадково надібав у залишеному на столі часописі матеріал із «дещо претензійною» назвою — «Книга життя». Його автор намагався довести, як багато може довідатись людина, що ретельно й старанно спостерігає все, що трапляється на її шляху. Доктор характеризує цей допис як «претензійний і нарочитий», а його *idée fixe* без вагань визнає бриднею. Разом із тим порівняння природи, світу, буття з книгою, а процесу пізнання — з читанням на межі ХІХ–ХХ ст. було доволі поширеним серед освіченого загалу, якщо не сказати банальним. Історія цієї метафори сягає більш ранніх часів і пов'язана з ідеєю світу як Божого творіння. Німецький історик, трополог і філософ ідей Г. Блюменберг, зокрема, зазначає, що «як книга, світ має два аспекти: аспект змісту та аспект відсилання до автора. Середньовічне використання метафори служить саме цьому відсиланню до Творця, до його величчч й недосяжності, а також до тієї обставини, що на протигагу постійній дії світоруху, опосередкованому вторинними причинами, він написав цю книгу власною рукою. Однак трансцендентність і повна свобода Творця самі собою не сприяють зрозумілості його творіння. Тож що більше наголошується автентичність книги природи, то ближчою стає думка... що саме книга природи може бути для досягнення мудрості цілком достатньою, а її провід — цілком надійним» [4, с. 89–90]. Важливим є також те, що світ тільки тоді може стати «виразом», коли незримо перестає удоступнюватися спогляданню тільки через відображення праобразу. За переконанням німецького вченого, якби не вдалося порвати з метафізикою, що тлумачила явища та поняття як відображення, якби не вдалося в розумінні природи та її джерела дати дорогу тим зв'язкам, які ми нині назвали б «символічними», книга природи неодмінно стала б книгою образів (дзеркалом. — Д. Б.), усі предмети якої потребували б тільки морфологічного підходу. «Інакше кажу-

чи, — пише він, — християнство почало тлумачити світ як такий, що постав завдяки мисленню, а не завдяки спогляданню. Це означає, що метафорика книги могла відтепер поширюватися на природу, адже її можна було зрозуміти не спогляданням, а мисленням: її можна було «читати» [4, с. 72–73].

На думку Г. Блюменберга, «через свій винятковий стосунок до книг наука, покликана доторкнутися до нової «мудрості», захоплюється метафорикою однієї-єдиної, закріпленої за нею книги природи та її беззаперечної авторитетності для пізнання» [4, с. 99]. Утім, навряд чи метафора «пізнання як читання» укорінилася в науці виключно через її «винятковий стосунок до книг»; досвід, що перейняв форму науки, спрямовує прочитування тексту подій людського світу до його справжніх рушіїв, до механізмів, що його формують і трансформують, подібно до того, як філолог, читаючи текст, прагнути розкрити намір і задум його автора, ледь помітні поза траншеями літературних технік і форм [4, с. 154]. Тож пов'язані з книгою та пізнанням асоціації в науці значно ширші й глибші.

Ідеальною метою вченого є пізнання зовнішнього світу, однак його кількісні дослідницькі засоби ніколи не говорять йому про цей світ безпосередньо; вони завжди для нього є тільки більш чи менш непевною звісткою або, як колись писав згадуваний уже Г. фон Гельмгольц, знаком, який опосередковує для нього реальний світ і з якого він намагається зробити якісь висновки — подібно до того, як лінгвіст розшифровує той чи інший документ, що належить до цілком незнайомої культури [4, с. 492–493].

Отже, природа хоча і є книгою, але книгою, написаною ієрогліфами, шифрами, математичними формулами, — вона втілює парадокс книги, що приховує себе від читача [4, с. 34]. Г. Галілей вважав, що книгу буття ми можемо читати тільки вивчивши мову та знаки, якими її написано [4, с. 106].

Але процес засвоєння читачем книги природи не відбувається цілком так, як спонукає думати її метафора — немов щоб сприймати повідомлення, які вона містить, треба спочатку вивчити знаки та навчитись (раз і назавжди. — Д. Б.) розуміти її мову. У фактичному процесі «читач», просуваючись у розумінні повідомлень, не може залишати своє вихідне тлумачення мови без змін і мусить постійно переглядати частини граматики, які він досі полишав без уваги [4, с. 107–108]. Пізнання — це нескінченна інтерпретація. Не випадково ж автор зухвалого допису з назвою «Книга життя», який так обурих попервах доктора Ватсона, застерігає, що мистецтво «читання» цієї книги «осягається тривалою старанною працею, але життя надто коротке, тож жоден смертний не може досягти тут повної досконалості». А у слухності міркувань «хвалькуватого» автора доктор згодом матиме можливість упевнитись неодноразово.

Підсумовуючи короткий екскурс «углиб» метафори наукового пізнання як читання книги світу, доречно разом з Г. Блюменбергом зауважити, що образ «книги» залишається «не тільки образом таємної туги за способом осягнення дійсності, ближчим для людини, ніж той, що присутній у чужих мовах теоретичної спеціалізації, а й унаочненням структурних процесів самої наукової теорії». Адже саме слова «роз-виток», «роз-вій» ідуть за своїм латинським корінням, тобто за словом «*evolutio*», що ним позначали розгортання книжкового сувою, звою з письменами [4, с. 35–36].

Тобто метафора «читання» в ролі альтернативної «відображенню» метафори пізнання видається цілком прийнятною, тим більше, що продуктивність її вже засвідчена історією науки; доробок герменевтики, семантики, семіотики та

інших прямо чи опосередковано пов'язаних із «читанням» наук дозволяє належно висвітлити процеси й механізми розуміння мови і знаків «книги світу»; зрештою, й сама «теорія відображення» значною мірою завдячує своїм існуванням закоріненій у метафорі «пізнання як читання» концепції Г. фон Гельмгольца. Але ж є одне «але»...

«Читання» складно уявити поза візуальним контекстом. Процес читання завжди чи майже завжди візуально опосередкований, втрата зору віщує неможливість читання, навіть розуміння визначається як «внутрішнє бачення» й потребує відповідного «духовного ока», що «просвітлює простір нашої думки», «світогляду» й «горизонту інтерпретацій». М. Зубрицька зазначає, що метафори дзеркала та вікна нині «схематично окреслюють дві візії літератури як проєкції світу» [13, с. 24, 38–39, 40, 45]. Таким чином, опосередковуючи пізнання замість метафори «відображення», «читання» все одно опосередковується «візуальною» метафорою. Якщо, звісно, не йдеться про читання за методом Л. Брайля.

А втім, як зазначає М. Мак-Люен, рукописна (манускриптна) культура — також переважно аудіотактильна (усно-дотикова), на відміну від друкованої [15, с. 47, 57–58]. Тож «читання-переписування» й «читання вголос», яке було античним і середньовічним стандартом читання [15, с. 140–146], менш зациклені на зорові та більшою мірою залучають у своєму перебігу інші людські чуття.

«Тактильна» метафора пізнання (сліпці та слон). Арістотель як типовий представник «аудіотактильної» культури вважав дотик основою всякого чуття. Навіть зорове сприйняття, яке завдяки Стагіритові набуло привілейованого статусу серед інших відчуттів, сам він трактував у тактильних категоріях, уподібнивши око до руки [16, с. 150]. М. Мак-Люен пояснює це тим, що представники «усно-дотикових» культур «сканують об'єкти і образи так само, як ми чинимо з надрукованою сторінкою, ділянку за ділянкою. Тому точка їхнього погляду не відокремлена від об'єкта. Вони повністю пробувають усередині предмета. Вони сприймають його емпатично. Око використовується, але не для того, щоби вибудувати перспективу, а для того, щоби промацати “об'єкт” (подібно до руки. — Д. Б.). Евклідів простір, побудований на відокремленні зору від дотику, їм невідомий» [15, с. 71–72]. На думку канадського вченого, порівняно з подальшими століттями, греки були тактильно мислячими, і коли вони наражалися на проблему вибору між тактильним і візуальним способом мислення, вони інстинктивно обирали тактильний спосіб [15, с. 75–76].

Сліпі від народження люди, до яких завдяки успіхам медицини у зрілому віці повернувся зір, повідомляють про проблеми, пов'язані з візуальним сприйняттям об'єктів, яких вони не мали можливості дослідити тактильно. Р. Грегорі, наприклад, змальовує випадки, коли віднедавна зрячі люди виявлялися нездатними намалювати чи описати доступні їх зору речі, щодо яких вони не мали тактильних уявлень; ті самі завдання щодо відомих їм «на дотик» об'єктів не викликали жодних ускладнень [10, с. 214–218]. Аналізуючи випадок одного з піддослідних, Р. Грегорі доходить висновку, що в процесі візуального сприйняття той безпосередньо використовував набутий тактильний досвід і його зорові можливості обмежувалися «дотиковим» знанням [10, с. 216–217]. Інакше кажучи, здебільшого така людина здатна побачити лише те, що знає на дотик.

Тож можливо, М. Мак-Люен має рацію, коли пише про штучно виплекану тиранію зору над іншими чуттями сучасної «західної» людини та застерігає, що насаджуваний цивілізацією «тримірний світ картинного простору є насправді

абстрактною ілюзією, побудованою на примусовому відокремленні (й абсолютизації. — Д. Б.) візуального сприйняття від інших органів чуття» [15, с. 80].

Приклади сліпоглухих американки Е. Келлер і нашої землячки О. Скороходової переконливо доводять, що на основі самих лише тактильних відчуттів цілком можливі соціалізація, формування абстрактних понять і моральних категорій, оволодіння мовою й творча діяльність. Однак усе це буде доволі специфічним порівняно з аналогами зрячих. «Уявлення сліпих про навколишній світ цілком реалістичні й не поступаються уявленням зрячих, — пише О. Скороходова. — Відмінність у тому, що уявлення зрячих візуальні, натомість уявлення сліпих — тактильні» [17, с. 157]. Світло й темряву вона уявляє на основі відчуття тепла і холоду [17, с. 145, 149, 338], блискавки й промені — як клинки й стріли [17, с. 145, 176, 336], грозу асоціює з віршами, дощем, вітром і сильними вібраціями [17, с. 144–146, 168], а слово «мімікрія» — з великою гусінню [17, с. 187–188]. При тому О. Скороходова щиро визнає, що «обрій», «далечінь», «перспектива», «колір» і «мелодія» для неї лише слова й не більше, жодних уявлень стосовно цих «речей» вона не має [17, с. 137, 172, 182], однак цілком вправно — «не гірше від інших» — послуговується цими поняттями, «оскільки знайома з ними з літератури й користується мовою зрячих і наділених слухом» [17, с. 137, 148, 176]. Вони для неї тільки продукт дискурсивних практик й елемент «мовних ігор».

Не слід забувати й про ще одну особливість такого сприйняття дійсності, відзначену О. Скороходовою. «Оскільки я здатна сприймати лише речі, які в буквальному розумінні в мене під рукою, — зауважує вона, — все те, що наразі перебуває поза межами мого “тактильного зору”, може видаватись зовсім інакшим, ніж є насправді» [16, с. 182]. За таких обставин не виключена можливість сценарію, утіленого у відомій притчі про сліпців і слона. Ось її преамбула у віршованому переказі Дж. Г. Сакса: «Шість мудреців із Індостану, / Сліпих, яких залишив сон, / Зібрались разом вранці-рано, / Щоб зрозуміти, що є слон. / І кожен став його вивчати, / Щоб це питання розв'язати». Кожний з шести незрячих дослідників торкається якоїсь однієї частини тіла слона, а потім описує іншим, що він відкрив для себе. Один із чоловіків обмацує ногу слона і каже, що слон схожий на стовбур дерева — він круглий і шерехатий. Інший торкається бивня і каже, що слон схожий на спис. Третій хапає слона за хвіст і твердить, що слон подібний до мотузки. Четвертий намацує хобот і наполягає на тому, що слон схожий на велику змію... Вірш Сакса завершується цілком передбачуваною констатацією: «Тож загалом у всій цій справі / Усі вони були неправі!»

Звісно, за такого розвитку подій замість слона цілком можна «намацати» хоч би й бугая. Але сама О. Скороходова відкидає таку можливість, акцентуючи на наступному: «Знайому річ я уявляю собі одразу цілою й у натуральний розмір. Натомість, “оглянувши” лише частину незнайомого чи незвичного предмета, я уявлятиму лише ту його частину, яку відчула руками. Приміром, якби мені дали доторкнутися до кінчика рогу оленя й запитали, чи уявляю я собі його розложисті роги чи й усього оленя, я відповіла б — ні. Але доторкнувшись до краю бильця свого ліжка, я водночас уявила б собі ціле ліжко» [17, с. 156]. Таким чином, суть притчі про сліпців і слона більш точно передавала б, у підсумку, інша констатація: «Тож загалом усі в цій справі / вони були почасти праві». До речі, існує й варіант цієї притчі, в якому сліпці кінцем-кінцем зіставляють усі свої враження й отримують у такий спосіб адекватне уявлення про

слона. Витворення образу цілого з тактильних вражень, пов'язаних із частинами, здійснюється передовсім завдяки уяві [17, с. 158–159].

За переконанням деяких учених, саме тактильність відіграє синестетичну роль у взаємодії між органами чуття і отже, забезпечує найповніше сприйняття дійсності. Це відбувається тому, що тактильність має низький рівень розпізнавання образів, через що змушує спостерігача брати активну участь у процесі сприйняття (спонукаючи до пізнавальної активності та стимулюючи уяву) [15, с. 77].

М. Мак-Люен зауважує, що аудіотактильна культура, покликана позбавити людство «тиранії зору» над іншими чуттями, нині швидко відновлюється завдяки становленню «електронного світу» й розвитку сучасних засобів комунікації. «Проте звички, успадковані від писемності (й сформовані під впливом візуальної метафори. — Д. Б.), переважають у нашій мові, у нашому сприйнятті й в організації часу й простору нашого життя. Писемність і візуалізація ще довго чинитимуть опір електриці та “загальному полю” свідомості» [15, с. 58]. На його думку, західна людина великою мірою залежить від візуального втілення просторово-часових відносин, без якого вона не може виробити механістичного відчуття причинних зв'язків, такого необхідного їй у повсякденні. До того ж представник «візуальної культури» схильний оцінювати «аудіотактильну» культуру як примітивну, оскільки високий рівень розвитку, який може бути властивий представнику «усно-дотикової» культури, «подеколи недоступний нашому візуальному типу свідомості» [15, с. 45, 59].

Тому розраховувати на схвальне сприйняття й підтримку загалом (у т. ч. — науковим) пропонованої ротації базових епістемологічних метафор особливо не випадає; слід відзначити лише, що *sub specie* тактильної метафори виразнішими виступають «інструментальний» характер і взаємодоповнюваність органів чуття у процесі формування уявлень про навколишній світ, відчутнішою — значущість інтерпретації отриманих вражень у контексті опертих на власний досвід знань та більш промовистою — роль уяви.

Ното Imaginans: пізнання як уявлення. Зазвичай уяву й уявлення розглядають у контексті маргінальних з точки зору науки сфер діяльності — мистецтва, гри, міфології та релігії, а також спонтанних проявів людської психіки (сновидіння, галюцинації, інсайт, інші неконтрольовані, а подеколи й «хворобливі» стани). «Філософський розгляд проблеми уявлення здебільшого відповідає усталеному стереотипу, — пише І. Фарман. — Уявлення пов'язується винятково з темою художньої й наукової творчості й інтерпретується сукупно з інтуїцією, підсвідомим, взаємодією свідомого й підсвідомого рівнів психіки, осяяння, інсайту та ін., тобто завжди виявляється включеним до складу певного цілого — «творчості». Такий підхід, за всієї його правомірності, не виражає належною мірою універсальної ролі уявлення в людській діяльності» [19, с. 8]. Уявлення є невід'ємною складовою мислення, але в повсякденній діяльності реалізується зазвичай у «згорнутому» вигляді. «У повсякденному мисленні ми послуговуємося зазвичай згорнутими образами, натомість розгорнуті образи переважно використовуються для доведення, демонстрації», — вважає Н. Абрамова [1, с. 124].

Таким чином, уява й уявлення передбачають роботу з образами, їх творення й оперування ними. Як зазначає Н. Абрамова, «образ — це суб'єктивне відтворення відчуття чи сприйняття за відсутності адекватного сенсорного подразнення. Образ виступає складовою акту рефлексії. В образі зазвичай знаходить

вираз навіть не сам об'єкт, а певне враження від нього. Відсутні деталі й ознаки з'являються в образі внаслідок його добудови, конструювання. Корективи до змісту образу вносить «автор проекту», використовуючи свій власний досвід і знання» [1, с. 123, 126]. На думку І. Фарман, завдяки уяві людина здатна створювати образи, відмінні від дійсних, такі, яких не існує в готовому вигляді в навколишньому світі. Людина може сприймати невиявлені або ж недостатньо виявлені моменти дійсності й через образну типізацію сприяти більш чіткому їх усвідомленню. Звільнення від необхідності слідування готовим установкам сприяє глибшому проникненню в сутність предмета пізнання й нерідко приводить до принципово нових результатів [19, с. 171].

Саме ця властивість образного мислення робить уявлення надзвичайно важливою складовою наукового пізнання. Зрештою, про виняткову роль уяви в науці написано багато. Цьому питанню приділяли увагу І. Кант, Г. В. Ф. Гегель, інші представники класичної й сучасної філософії, гуманітарних і точних наук [див., напр.: 19, с. 93–141]. Залишається актуальним воно й дотепер. Одне лиш не викликає сумніву: без «візуалізації в широкому розумінні» — уявлення — наукова творчість неможлива [7, с. 12].

У літературі зазначається, що питання уявлення може розглядатись «як надважлива гносеологічна проблема, пов'язана з сутністю наукового пізнання, з питанням про творчу роль суб'єкта в процесі пізнання, про форми, в яких відбувається цей процес, а також про способи вираження нових знань» [19, с. 155]. Багато хто з учених пов'язує з уявленням не лише початковий пошуковий момент пізнання та його розвиток у систему, а й здатність ув'язати цю систему з попереднім знанням, знайти в ньому своє місце, благодатний ґрунт для якісно нового «ростка», стверджуючи тим самим ідею розвитку й загального зв'язку пізнання на кожному з етапів відкриття [19, с. 150]. Окрім того, уявлення не тільки формує образи, покликані прояснювати сутність і процес пізнання на всіх його етапах, але подібно до читання [4, с. 35] й саме здатне виступати таким образом [19, с. 145].

«За своєю формою образ завжди є чуттєвим, за змістом він може бути як чуттєвим, так і раціональним, — констатує Н. Абрамова. — За своїм смисловим наповненням образи бувають різними: образи пам'яті, уявлення, зорової, аудіальної чи іншої сенсорної модальності, можуть бути й суто вербальними. образи одного типу сприйняття можуть супроводжуватися згорнутими образами інших сенсорних модальностей» [1, с. 124]. Особливе значення мають суто теоретичні уявлення, які виступають як ідеальні абстракції. Оскільки ж вони втілюються зазвичай у схемах, діаграмах, геометричних моделях і формулах, що мають іконічно-індексальну природу та репрезентують специфіку структури чи співвідношення компонентів складного ментального конструкту [19, с. 159–161], їх також із певними застереженнями можна віднести до категорії образів.

У будь-якому разі між іншим важливими завданнями «нормальної науки» виступають формування, доповнення чи коригування «наукової картини світу» (парадигми). У структурі «наукової картини світу» зазвичай виокремлюють два компоненти: концептуальний (понятійний) апарат і чуттєво-образний, який потребує наочних уявлень [19, с. 151]. Як цілком слушно зауважує І. Фарман, «саме поняття “картина” передбачає образний зміст, а сприйняття цієї картини можна визначити як своєрідне “бачення світу”» [19, с. 152].

За переконанням І. Герасимової, «бачення, або “візуалізація в широкому сенсі”, полягає в унаочненні в собі й для себе об’єктів і процесів», наданні зорової відчутності шуканим і використовуваним образам. Щоправда, вона тут-таки зауважує, що бачення формується не лише завдяки зору, а й через інші відчуття — дотику, звуку, смаку й запаху. І насамкінець відзначає тотожність «бачення» й «уявлення» як способу конструювання чуттєвих і ментальних образів [7, с. 10].

Звідси два висновки. По-перше, уявлення зазвичай ототожнюється з баченням, а по-друге, уявлювані образи трактуються передовсім як візуальні. Навіть попри те, що нерідко наголошується на синестетичній природі уявлень, які можуть формуватися на основі декількох «згорнутих» образів, візуальна складова таких уявлень здебільшого вочевидь домінує над рештою. Так, уявляючи собі дерево, ми завжди передбачаємо тактильну фактуру його стовбура, гілок і листя; дехто також може уявляти при тому шелест листя чи/та запах лісу, але візуальний образ дерева завжди є визначальним. Промовистий у цьому сенсі приклад сліпоглухої О. Скороходової, яка на відпочинку в парку пропонує видющій подрузі уявити себе на березі моря (адже пригріває сонце, під ними теплий пісок і від струмка, що тече неподалік, віє запахом свіжості), але одержує негативну відповідь, оскільки подруга бачить навколо себе парк, а зовсім не море [17, с. 155]. З огляду на це деякі вчені аргументовано заперечують полімодальність образів [8, с. 6].

Також слід узяти до уваги, що пізнання як уявлення опосередковане внутрішньою репрезентацією, а поняття «внутрішньої репрезентації», за М. Вартофським, залежить від канонів «репрезентації зовнішньої», тобто установлених стандартів малювання [6, с. 195]. «Фундаментальні перцептивні змінні, — пише М. Вартофський про специфіку сприйняття, — визначаються канонами, але не канонами самого сприйняття, а канонами зображення «в малюнках» того, що сприймається [6, с. 230]. Інакше кажучи, ми формуємо візуальні образи відповідно до власних уявлень про «правильне малювання». Ще простіше: ми уявляємо так, як малюємо самі, або ж як малюють ті, хто, як видається, робить це краще за нас. А наразі художники зв’язані канонами репрезентації, визначеними передовсім із огляду на правила геометричної оптики [6, с. 180]. У зв’язку з цим М. Вартофський цілком слушно зазначає, що «історично досить молода теорія геометричної оптики й відносно недавня традиція відтворення в малюнку перспективи стали настільки важливою частиною нашого “візуального розуміння”, властивого нам візуального “здорового глузду”, що здатні безпосередньо визначати наш спосіб бачення навколишнього світу» [6, с. 181; 16, с. 31]. Пам’ятаєте виконаний у модній свого часу кубістичній манері портрет зловісного «Картатого» роботи п. Перкінса з відомої екранізації творів Р. Стівенсона реж. Є. Татарським («Пригоди принца Флорізеля», 1979 р.) і лаконічний коментар художника з приводу цього зображення: «Я інакше бачу»? Тобто метафора «пізнання як уявлення» також почасти опосередкована метафорою «дзеркала».

Сам собі режисер. Пізнання як бачення. Навіть побіжний розгляд запропонованих як альтернативні «дзеркалу» метафор дозволяє констатувати: усі вони передбачають значно більшу когнітивну складову в пізнанні й так само всі тією чи іншою мірою опосередковані метафорою «бачення». Інколи згадувана в літературі метафора «комп’ютера» [16, с. 159–165] як аналога «інтелекту, що пізнає» тут не розглядається, оскільки для більшості комп’ютер являє собою

«чорну скриньку» [1, с. 133] або малозрозуміле «алгебраїчне дзеркало» [13, с. 39], що в першому випадку не спрощує розуміння, а в другому — до того ж знову відсилає до «дзеркальної» метафори.

Тобто повністю позбутися присутнього в уявленнях про пізнання «візуального» компоненту навряд чи можливо [16, с. 158]. Це й не дивно, адже близько 90 % інформації про навколишній світ людина одержує шляхом візуального сприйняття [8, с. 3]. Видається, що метафора «пізнання як бачення» може бути цілком продуктивною — за умови усвідомлення, що «засоби, за допомогою яких ми наче б то безпосередньо сприймаємо навколишній світ і себе в нім, насправді пов'язані з досвідом, нашою соціальною позицією, інтересами й очікуваннями; ми повинні чітко усвідомлювати, що зорове сприйняття має свою мову й граматику, властиві лише йому, і реалізується через механізми, що нагадують механіку читання» [18, с. 130], формування образів на основі «невізуальних» відчуттів, а також уявлення.

Тим більше, що сучасна наука переконливо засвідчує це. Існує значна кількість поглядів і концепцій, що розкривають природу зорового сприйняття [3, с. 25–36, 39]. «Мотивація й оцінка, інформаційний зміст, стрій, схема, план, диспозиції, операції характеризують ключові моменти організації перцептивного процесу, — пише В. Барабанщиков. — Кожен із них має свою специфіку, репрезентує певний клас феноменів, описується у відповідних поняттях і може бути використаний як основа концептуальної реконструкції сприйняття. Для гештальт-психології такою основою стала структура; для біхевіористів — реакції; для грузинської психологічної школи — установка; у лейпцизькій школі — почуття; на потребах і мотивах сприйняття акцентували представники динамічної психології та “нового погляду”; поняття “схема” широко використовувалось у концепціях Вернона, Піаже та Найссера; після праці Міллера, Галантера і Прібрама поняття “плану” ввійшло до арсеналу когнітивно орієнтованих досліджень» [3, с. 122]. Попри функціональні відмінності, упевнений В. Барабанщиков, розгортання кожної із зазначених складових відбувається за тим самим сценарієм. Фактично всі вони представляються різними проекціями однієї реальності, яка виражає цілісний функціональний стан індивіда й зумовлює перебіг візуального сприйняття.

Око в інструментальному плані являє собою продукт тривалої еволюції, унаслідок якої його будова та функції набули доцільності й довершеності, а процес функціонування — автоматизму; це дає можливість говорити про своєрідну «розумність» ока [11, с. 6]. Однак ілюзія простоти візуального сприйняття не повинна вводити в оману, спільного в ока й дзеркала не так багато, як на позір здається. Нервовий апарат ока — частина мозку в найбуквальнішому розумінні, й «розумне око» сприймає світ передовсім у контексті його (мозку) функціонування. Обстоювана прибічниками «дзеркальної метафори» властивість «відбиття» між іншим також притаманна окові, але жодним чином не вичерпує його призначення. Згадувані раніше операції вибору, категоризації, редукції, інтерпретації, репрезентації та ін. як невід'ємна складова візуальної перцепції охоплюються радше образом «зорового мислення» [11, с. 6], ніж відбиття. «Аналіз усіх фактів, одержаних при дослідженні зорового сприйняття, — повідомляє В. Глезер, — та створених у його перебігу гіпотез і концепцій переконує, що будь-який, навіть найелементарніший акт зорової перцепції (наприклад, спалах світла) слід розглядати як повноцінний акт мислення» [8, с. 3]. У цьому контек-

сті не виглядає безпідставним наполегливе акцентування дослідників на когнітивному аспекті візуального сприйняття й трактування питання пізнання (опосередкованого візуальною метафорою) як суто герменевтичної проблеми [4, с. 30].

Коротко кажучи, у метафоричному плані око більш подібне на відеокамеру в режимі «ручної» зйомки, коли оператор змушений самостійно обирати необхідний ракурс і позицію, визначати й постійно корегувати під час фільмування задані параметри зйомки, змінювати плани й послідовність, відбір дійових осіб і сцен, аналізувати й оцінювати якість відзнятого матеріалу й здійснювати повтори, вносячи при тому належні поправки та ін. — і все це «тут і тепер», але згідно з певним планом, зумовленим сценарієм і режисерським замислом, формуючи осмислені динамічні образи, які мають естетичну, навчальну, виховну чи ін. практичну цінність та придатні до розуміння. А суб'єкт пізнання, опосередкованого візуальною метафорою — на людину з камерою й монітором; режисера, оператора та глядача в одній особі, від установок, естетичних уподобань, мотивації, досвіду, знань, навичок, вправності й оригінальності якої залежать якість відеоряду й повнота розуміння. Юридичним утіленням цієї «кінематографічної» метафори пізнання є концепт правової позиції як зумовленого правовими уявленнями, інтересом, функціональною роллю та ін. специфічного (*hic et nunc*) «бачення» проблемної ситуації, вираженого в забезпеченому доказами та/або аргументами суб'єктивному висновку або системі висновків щодо наявності чи то відсутності належних підстав для ухвалення певного правозастосовчого рішення. Це бачення «тут і тепер», індивідуалізоване й цілеспрямоване, бачення крізь «світлофільтри» правових норм.

Насамкінець ще одне застереження. Цей матеріал не претендує на висвітлення сучасного стану знань у царині епістемології чи гносеології; західна епістемологія вже давно пішла далі й устигла забути про концепт пізнання-віддзеркалення, сучасна вітчизняна гносеологія також усвідомила потребу відходу від «дзеркальної» парадигми [див., напр.: 16]. Але чи запропонували вони нову доступну метафору, яка відповідала б їх сучасному стану та спрямовувала пізнавальну й практичну активність в інших сферах суспільного буття? Поки що це питання залишається без відповіді.

А потреба в ній є нагальною, передусім у юридичній науці та практиці, які перебувають у міцному полоні стереотипів, зумовлених «дзеркальною» метафорою пізнання. Слід усвідомити й пам'ятати: юридична реальність не відбивається у дзеркалі. Не відбивається навіть у фантастичних дзеркалах А. Капура. Юридична реальність конструюється, подібно до конструювання образів на основі тактильних вражень і читання. «Добудовується» шляхом інтерпретації слідів, знаків і текстів. І лише тоді візуалізується. Шляхом уявлення. А потім репрезентується в рамках «аудіотактильної» моделі — в судовому слуханні, через виступи учасників і дослідження доказів. Власне «зала судових слухань» — чи не єдиний острівець, скалок аудіотактильної культури, який донині цілком успішно протистоїть тиску дзеркальних ілюзій.

І ще одне питання наразі потребує відповіді: то чи можливо у клітці зі слонном побачити бугая?

Відповідь: так. Багато хто бачить...

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Абрамова Н. Т.* Несловесное мышление / Н. Т. Абрамова. — М.: ИФРАН, 2002. — 236 с.
2. *Анкерсмит Ф. Р.* История и тропология: взлет и падение метафоры / Ф. Р. Анкерсмит ; пер. с англ. М. Кукарцева, Е. Коломоец, В. Кашаев. — М. : Канон+ РООИ «Реабилитация», 2009. — 400 с.
3. *Барабанщиков В. А.* Восприятие и событие / В. А. Барабанщиков. — СПб. : Алетейя, 2002. — 512 с.
4. *Блюменберг Г.* Світ як книга / Г. Блюменберг ; пер. з нім., передм., комент. В. Єрмоленка. — К. : Лібра, 2005. — 544 с.
5. *Бочаров Д. О.* Метафори «свідомість — це дзеркало» і «розуміння — це бачення» в юридичній гносеології / Д. О. Бочаров // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3–5 грудня 2010 р.). — Львів : Галицький друкар, 2010. — С. 73–84.
6. *Вартофский М.* Модели. Репрезентация и научное понимание : пер. с англ. / М. Вартофский ; общ. ред. и послесл. И. Б. Новика и В. Н. Садовского. — М. : Прогресс, 1988. — 507 с.
7. *Визуальный образ* (междисциплинарные исследования) / отв. ред. И. А. Герасимова. — М. : ИФРАН, 2008. — 247 с.
8. *Глезер В. Д.* Зрение и мышление / В. Д. Глезер. — Л. : Наука, 1985. — 246 с.
9. *Гмирко В. П.* Концепт «відбиття» і методологічні проблеми теорії доказування / В. П. Гмирко // Унів. наук. зап. — 2011. — № 3. — С. 274–281.
10. *Грегори Р. Л.* Глаз и мозг: Психология зрительного восприятия : пер. с англ. / Р. Л. Грегори. — М. : Прогресс, 1970. — 272 с.
11. *Грегори Р. Л.* Разумный глаз : пер. с англ. / Р. Л. Грегори. — М. : Мир, 1972. — 216 с.
12. *Зиновьев А. А.* Собр. соч. : в 10 т. — Т. 3: Желтый дом / А. А. Зиновьев. — М. : Центрполиграф, 2000. — 505 с.
13. *Зубрицька М.* Ното legens: читання як соціокультурний феномен / М. Зубрицька. — Львів : Літопис, 2004. — 352 с.
14. *Лакофф Дж.* Метафори, котрими ми живем : пер. с англ. / Дж. Лакофф, М. Джонсон ; под ред. и с предисл. А. Н. Баранова. — М. : УРСС, 2004. — 256 с.
15. *Мак-Люен М.* Галактика Гутенберга: Становлення людини друкованої книги : пер. з англ. / М. Мак-Люен. — К. : Ніка-Центр, 2001. — 464 с.
16. *Микешина Л. А.* Новые образы познания и реальности / Л. А. Микешина, М. Ю. Опенков. — М. : РОССПЭН, 1997. — 240 с.
17. *Скороходова О. И.* Как я воспринимаю, представляю и понимаю окружающий мир / О. И. Скороходова. — М. : Педагогика, 1990. — 416 с.
18. *Тальягамбе С.* Зрительное восприятие как метафора / С. Тальягамбе // Вопросы философии. — 1985. — № 10. — С. 123–131.
19. *Фарман И. П.* Воображение в структуре познания / И. П. Фарман. — М. : ИФРАН, 1994. — 215 с.

Бочаров Д. О. «Візуальна метафора» в юриспруденції: інтерпретація очевидності й очевидність інтерпретації

Анотація. У статті аналізуються недоліки й переваги «візуальної метафори» як інструменту забезпечення розуміння сутності пізнання. Наголошується на неприпустимості ототожнення «візуальної метафори» з «метафорою дзеркала», а пізнання — з відображенням. Розглядаються декілька можливих альтернативних метафор пізнання («читання», «доторку», «уявлення») й констатується наявність утворюю-

ваного ними своєрідного «герменевтичного кола». Водночас зауважено плюси виваженого послуговування метафорою «бачення» задля усвідомлення сутності пізнання й оцінено перспективи використання «візуальної метафори» в юридичній науці та практиці.

Ключові слова: візуальна метафора, метафора дзеркала, бачення, відображення, пізнання, розсуд.

Бочаров Д. А. «Визуальная метафора» в юриспруденции: интерпретация очевидности и очевидность интерпретации

Аннотация. В статье анализируются недостатки и преимущества «визуальной метафоры» как инструмента обеспечения понимания сущности познания. Отмечена недопустимость отождествления «визуальной метафоры» с «метафорой зеркала», а познания — с отражением. Рассмотрены возможные альтернативные «метафоры познания» (метафоры «чтения», «осязания», «воображения») и констатирован факт наличия образованного с их участием своеобразного «герменевтического круга». Вместе с тем акцентировано внимание на положительных моментах использования метафоры «видения» для понимания (и демонстрации) сущности познания. Оценены перспективы использования «визуальной метафоры» в юридической науке и практике.

Ключевые слова: визуальная метафора, метафора зеркала, видение, отражение, познание, усмотрение.

Bocharov D. «Visual Metaphor» in Jurisprudence: Interpretation of Obviousness and Obviousness of Interpretation

Summary. The article analyzes the shortcomings and advantages of «visual metaphor» as instrument for understanding the essence of cognition. The inadmissibility of identification of «visual metaphor» with «metaphor of mirror», and understanding with reflection is marked. Several possible alternative metaphors of cognition («reading», «touching», «imagination») are considered and the occurrence of a kind of «hermeneutic circle» formed by them is stated. The advantages of careful using the metaphor of «vision» for understanding the essence of cognition are emphasized there. One assessed the prospects of using «visual metaphor» in legal science and practice.

Key words: visual metaphor, metaphor of mirror, vision, reflection, cognition, discretion.

КРИТИЧНИЙ ДИСКУРС-АНАЛІЗ ЯК ІНТЕРПРЕТАТИВНА ПАРАДИГМА ПОСТКЛАСИЧНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА¹

І. ЧЕСТНОВ
*доктор юридичних наук,
професор кафедри
державно-правових дисциплін
(Санкт-Петербурзький
юридичний інститут (філіал)
Академії Генеральної прокуратури
Російської Федерації)*



Посткласична теорія права передбачає включення інтерпретації в онтологію права. Бути права неможливе поза та без його тлумачення (ширше — психічного сприйняття) діючими акторами — людьми, носіями статусу суб'єкта права. Це впливає з вельми важливого постулату посткласичної соціальної епістемології: соціальність — це взаємодоповнюваність (як можна сказати вслід за В. С. Біблером) її зовнішнього, матеріального чи поведінкового аспекту, та внутрішнього, представленого соціальними значеннями та особистісним сенсом, «що доповнюють» соціальну дію та мотивують людину на її здійснення. У зв'язку з цим не можна не погодитися з позицією С. Максимова, який структурує правову реальність «у динамічному аспекті» на ідею права, закон («світ знакових форм») і правове життя, наголошуючи на важливості «дійсності як значимості» ідеї права, що виступає «даністю нашої свідомості» та «виражає у найзагальнішому сенсі момент повинності» [1, с. 180]. А. Поляков стверджує, що інтерпретація права, яка розуміється більш широко, ніж у традиційному сенсі термін «тлумачення права», котрий, у свою чергу, означає процес реалізації права, необхідний у разі з'ясування або роз'яснення проблемних, незрозумілих місць того чи іншого джерела права, «становить необхідну когнітивну операцію, за допомогою якої право стає правом і здатне регулювати людську поведінку. У цьому разі... будь-який текст для того, щоб стати правовим, має пройти крізь свідомість людини, тобто стати текстом осмисленим і таким, що стимулює до певної поведінки. Однак це й означає, що правовий текст існує не сам по собі, а лише як текст інтерпретований» [2, с. 7]. Подібну думку можна знайти у представників правового реалізму, зокрема, у М. Тропера. «Для М. Тропера та його прибічників, — пише М. Антонов, — правова система суспільства ґрунтується не на створених владними органами нормах і навіть не на гіпотетичній основній нормі, а на єдиному прочитанні, розумінні, тлумаченні загальних для цього суспільства текстів; інакше кажучи, на актах тлумачення. Власне норма (як владне веління, що пов'язує поведінку людини з юридичними

¹ Переклад з російської С. Прийми.

наслідками) виникає лише після з'ясування змісту того чи іншого тексту в процесі автентичного тлумачення, тобто такого тлумачення, яке вважається в певному правовому порядку зобов'язуючим інших суб'єктів» [3, с. 349].

Таким чином, інтерпретація права, як аспект його психічного сприйняття, є іманентною властивістю правової реальності. Сучасна посткласична методологія виробляє нові підходи до сприйняття соціального світу, що, як уявляється, мають евристичну цінність стосовно інтерпретації права. Серед них можна виокремити дискурс-аналіз.

Однак перед тим, як говорити про методологію критичного дискурс-аналізу щодо права, необхідно з'ясувати принципову можливість використання методів лінгвістики в юриспруденції. На перший погляд здається очевидним, що методи мовного аналізу доречні при аналізі права. Це пов'язано з тим, що нормативність права ззовні виражається у знаковій формі, і тому лінгвістика може допомогти юристові в питаннях удосконалення законодавства й тлумачення знаків при правозастосуванні. Проте можливе й більш широке використання методів семіотичного аналізу права, яке включає конструювання та реалізацію права. Це пов'язано з розширювальною інтерпретацією тексту як послідовності знаків і знаковості як змісту соціальності.

Свого часу П. Рікер на основі розуміючої соціології М. Вебера висунув гіпотезу гомології між текстом і соціальною дією [4]. Текст, на його думку, — парадигма людської дії. Водночас він вимушений розширювати текст до його втілення в дискурсі — «говір» у мові. Тим самим юридичну дію, як і форму зовнішнього вираження нормативності права (статті нормативних правових актів, судові прецеденти та ін.), також можна аналізувати за допомогою методів сучасної лінгвістики.

Дискурс-аналіз виникає з невдоволеності структуралістською методологією, що підкоряє людину та її практику тотальній структурі. Кількісні методи контент-аналізу тексту обмежені його статикою і водночас теорією, що заздалегідь встановлює параметри одиниць тексту, які аналізуються. Дискурс-аналіз іде далі: він будує теорію не до проведення дослідження, а після нього (так звану «обгрунтовану теорію») та досліджує текст у соціокультурному контексті практик його відтворення¹. При цьому використання мови конститує соціальні ідентичності, соціальні відношення, а також системи знань і переконань. Власне, дискурс-аналіз у його посткласичній версії критичного дискурс-аналізу спрямований на відшукання механізмів влади та гегемонії в соціальних практиках за допомогою аналізу текстів і використання мови. Р. Водак виокремлює такі принципи критичного дискурс-аналізу: 1) критичний дискурс-аналіз розглядає лінгвістичний характер соціальних і культурних процесів і структур; 2) він досліджує владу в дискурсі і владу над дискурсом; 3) суспільство та культура діалектично пов'язані з дискурсом — вони формуються дискурсом і в той же час констатують дискурс. Кожний окремий приклад застосування мови відтворює чи трансформує суспільство та культуру, включаючи відносини влади; 4) використання мови може бути ідеологічним. Щоб визначити це, необхідно проаналізувати тексти та дослідити їх інтерпретацію, сприйняття й соціальний вплив; 5) дискурси мають історичний характер, їх можна розглядати лише в контексті; 6) зв'язок між текстом і суспільством є не прямим, а опосередкованим соціокогнітивно; 7) критичний дискурс-аналіз передбачає систематичну методологію та

¹ Дискурс — це «використання мови як соціальна практика», стверджує Н. Ферклоу [5, р. 166].

зв'язок між текстом і його соціальними умовами, ідеологіями і відносинами влади. Інтерпретації завжди динамічні та відкриті для нових контекстів і нової інформації; 8) дискурс — це форма соціальної поведінки [6, с. 17–20].

Критичний дискурс-аналіз, на думку Т. ван Дейка, — це науковий напрям, що стрімко розвивається в лінгвістиці та соціальних науках після видання в 1979 р. книги «Мова і контроль». «Подібні напрями існують і в інших дисциплінах, наприклад, у психології, соціології й антропології, які традиційно орієнтовані на вивчення способів *відтворення* влади та зловживання владою в суспільстві. Дискурс-аналітики в галузі гуманітарних і соціальних наук вивчають, зокрема, місце та роль *дискурсу* в цих процесах. Вони встановили, що багато з форм соціальної нерівності, заснованої, наприклад, на гендерних, класових і расових відмінностях, конструюються, закріплюються та легітимуються за допомогою усних і письмових текстів, а особливо за допомогою різних видів публічного дискурсу, контрольованого символічними елітами — політиками, журналістами, вченими, письменниками та чиновниками» [7, с. 13]. «За останні 30 років, — відмічає лідер цього напрямку Т. ван Дейк, — представники критичних дискурсивних досліджень сформулювали безліч різноманітних дослідницьких завдань, але в цілому всі погоджуються з тим, що основною метою КДД є вивчення способів відтворення зловживання владою за допомогою дискурсу» [7, с. 13].

Критичний дискурс-аналіз як методологічна програма¹, запропонована, наприклад, Н. Ферклоу, передбачає, по-перше, аналіз дискурсивної практики, тобто зв'язку тексту (у нашому випадку — тексту права) та соціальної практики. Мається на увазі виявлення того, як саме в соціальній практиці виробляється й інтерпретується текст. У цьому, наприклад, досягли успіху представники школи критичних правових досліджень США, які показали фактичного законодавця. По-друге, здійснюється інтердискурсивний аналіз досліджуваного тексту, його належність до системи текстів, жанрів і практик — нормативного правового акта до системи законодавства. По-третє, критичний дискурс-аналіз спрямований на вивчення дискурсивної події (у нашому випадку — конкретного правовідношення чи індивідуального правового акта) — соціальної практики. Основний інтерес при цьому становлять відносини влади й ідеології [8].

Перспективним варіантом застосування критичного дискурс-аналізу в юриспруденції є програма судової лінгвістики О. Александрова. На його думку, «"реальне право" є результатом мовної взаємодії; це ефект дискурсу, тобто психолінгвістичний феномен, що існує в психіці того, хто говорить, і того, хто слухає. Психолінгвістичний феномен права невіддільний від мови у сенсі сукупності можливих контекстів інтерпретації тексту закону. Інтерпретація, розуміння, доказування в суді за своєю природою риторичні; залучають фігуративну будову мови, а також ідеологію... У галузі кримінального судочинства немає іншої реальності, крім текстової. Тому слід говорити про мову кримінального судочинства замість "права", що розуміється як стійка система нормативно-тотожних форм з одвічним змістом — системою правових норм. Мова кримінального судочинного "права" говорить у контексті конкретної мовної взаємодії й породжує "право-тут". Воно втілене в судовій істині, яка, таким чином, — вся в словах. Мова примушує тих, хто говорить,

¹ З погляду Т. ван Дейка, «не існує "єдиного" дискурс-аналізу як певного методу, так само як не існує "єдиного" соціального чи когнітивного аналізу. Як ДД, так і КДД мають у розпорядженні велику кількість різних методів залежно від цілей дослідження, природи досліджуваного об'єкта, інтересів і кваліфікації дослідника та інших параметрів дослідницького контексту» [7, с. 19–20].

промовляти “істину”, що визнається такою слухачами — аудиторією. За відсутності мови неможливою є навіть постановка питання про істину... Судова істина — це те, що вважають істиною особи, які говорять відповідною мовою; вона обумовлена станом мовних знань у певну епоху. Судова істина є одним із засобів, що використовуються владою для впорядкування суспільних мовних відносин. Саме кримінально-процесуальне право, що впорядковує судову мову, виробилось у процесі розвитку мовної діяльності в суспільстві. Вважаємо, що соціальність має мовну природу. Нормативність похідна від граматичності, істинність — від риторичності» [9, с. 16].

Відомий теоретик кримінального процесу формулює програму «міждисциплінарного наукового вчення про кримінальне судочинство на межі лінгвістики, психології та юриспруденції», яку можна назвати дискурсивною: 1) використання нової світоглядної основи для пояснення кримінально-процесуальної дійсності; 2) виявлення в праві лінгвопсихологічних об'єктів наукового інтересу; 3) постулювання основ критичного дослідження реальних феноменів кримінального судочинства; 4) дослідження практики судового вироку й інтерпретація отриманих відомостей про застосування законодавства останніх років із використанням нових наукових методів; 5) створення мовної (психолінгвістичної) теорії кримінально-процесуального права; 6) вироблення нового розуміння кримінального судочинства, його сутності та призначення в суспільстві; 7) обґрунтування гіпотези про граматичну детермінованість російського кримінально-процесуального права; 8) оновлення теорії доказів, у тому числі пропозиція особливого трактування судового доказу та доказування, заснованого на теорії аргументації та риторики; 9) розробка концепції судової істини та визначення її стандартів; 10) апологетика системи постулатів ідеології змагальності судового вироку, як персуазивної мовної практики; 11) дослідження можливих тактик судового слідства, технік здійснення окремих слідчих дій; 12) розробка теоретичних основ форми та класифікації питань, що мають застосовуватися для підвищення ефективності судового допиту, у тому числі дослідження проблем навідних питань, як способу контролю показань допитуваного; 13) формування нового стилю наукового письма; 14) вивчення й узагальнення технік здійснення окремих судових дій (передусім перехресного допиту)» [10, с. 76].

В іншій роботі О. Александров заявляє: «За допомогою риторики законодавець переконує в “правості” закону суспільство... Право робить правом мова, судовий дискурс. Якщо це ефективний, переконуючий дискурс, то він впливає на публіку (аудиторію), то в тексті закону інсталюється реальне право. Коли обивателі вірять у судову істину (справедливість вироку), тоді право виконує свою функцію нормування, упорядкування в суспільстві. Риторична рукають (дискурс суду) приводить у дію механізм права — тексту» [11, с. 123, 125].

Набагато «помірнішу» версію юридичного дискурсу розвиває в своїх роботах Р. Алексі. Він виходить із того, що так само як «правила не можуть застосовуватися самі по собі, так і система не може надати сама собі закінченості та когерентності. Для цього потрібні люди та певні процедури. І необхідною процедурою в цьому разі є юридична аргументація» [12, с. 451]. Звідси випливає необхідність нормативної теорії, «котра дозволить хоч скількись визначити силу та вагомість різних аргументів і раціональність юридичного обґрунтування. Такою теорією, судячи з усього, є теорія раціонального юридичного дискурсу, що виникає завдя-

ки включенню теорії загального практичного дискурсу в теорію правової системи. Таке включення — не просто застосування загальної теорії дискурсу в праві, а розвиток теорії, необхідний на основі цієї системи» [12, с. 451].

«Практичний дискурс є раціональним, — пише німецький теоретик права, — якщо в ньому виконуються умови раціонального практичного аргументування. Якщо ці умови виконуються, то результат дискурсу правильний. Отже, теорія дискурсу — це процесуальна теорія практичної правильності.

Умови раціональності процедури дискурсу можна звести до системи правил дискурсу. Практичний розум можна визначити як здатність приймати практичні рішення на основі системи цих правил.

Правила дискурсу можна класифікувати багатьма способами. Тут доцільно розділити їх на дві групи: на правила, що стосуються безпосередньо структури аргументів, та правила, які є безпосереднім предметом процедури дискурсу.

До правил першої групи (тобто тих, що стосуються безпосередньо структури аргументів) відносять, наприклад, вимогу відсутності суперечностей, універсальності з точки зору узгодженого використання вживаних способів оцінки, вимогу термінологічно-мовної зрозумілості, істинності застосовуваних емпіричних передумов, дедуктивної повноти аргументів, взяття до уваги наслідків, поміркованості рішень, прийняття рольового обміну й аналізу виникнення моральних переконань.

Усі ці правила можуть також застосовуватися монологічно, та існує багато свідчень на користь того, що жодна теорія раціонального практичного аргументування чи обґрунтування не здатна від них відмовитися.

Очевидно, що теорія дискурсу в жодному разі не замінює обґрунтування й аргументацію звичайним досягненням згоди, за що їй нерідко дорікають. Більше того, вона повністю включає в себе правила раціонального обґрунтування, орієнтовані безпосередньо на аргументи. Її особливість полягає виключно в тому, що вона додає до цього рівня ще один, а саме правила, орієнтовані на процедуру дискурсу.

Ця друга група правил не має монологічного характеру. Її основним завданням є забезпечення неупередженості практичної аргументації. Правила, що слугують цій меті, можна назвати “специфічними правилами дискурсу”. Головні з них говорять: 1. Кожен, хто може говорити, може брати участь у дискурсі. 2. (а) Кожен може поставити під сумнів будь-яке твердження. (б) Кожен може ввести будь-яке твердження в дискурс. (с) Кожен може виражати свої погляди, побажання й потреби. 3. Жодному з ораторів не можна заважати реалізовувати його права, закріплені в пунктах (1) і (2), будь-яким тиском у межах або за межами дискурсу.

Ці правила гарантують права кожного з тих, хто бере участь у дискурсі, а також свободу та рівність у межах дискурсу. Вони виступають вираженням універсального характеру теорії дискурсу» [12, с. 453–454].

Наведені положення є додатком до юриспруденції ідей дискурсивної раціональності, заснованої на «ідеальній мовній ситуації», як практики «ідеального комунікативного суспільства», що розвивається К.-О. Апелем і Ю. Габермасом. Однак, незважаючи на авторитет цієї програми та її обґрунтованості, важко не помітити, що в ній не береться до уваги контекст комунікативної ситуації, роль влади й ідеології в маніпуляції реальною (а не ідеальною) комунікативною спільнотою при виробленні, зіткненні та боротьбі аргументів. Тому «деліберативна (вона ж дискурсивна) теорія права», орієнтована на консенсус, сьогодні поставлена під сумнів критичним дискурс-аналізом, що акцентує увагу на від-

мінностях, які є конститутивними для всіх соціальних ідентичностей (у тому числі й правових статусів). Не випадково Р. Алексі відзначає: «Центральна проблема теорії дискурсу полягає в тому, що її система правил не надає ніякого методу, який дозволив би остаточною кількістю операцій завжди досягати чітко визначеного результату» [12, с. 453].

Право з позиції критичного дискурс-аналізу не є певною об'єктивною даністю. Воно становить результат активної діяльності панівної соціальної групи з формування зразків юридично значущої поведінки та переконання населення в необхідності її відтворення. Правовий інститут, включаючи конституцію як текст основного закону, конструюється первинною одиничною дією (наприклад, представника референтної групи або правлячої еліти з приводу оголошення певної дії правомірною чи протиправною). На підставі авторитету суб'єкта — носія символічного капіталу, який називає певні дії правомірними або протиправними, інших обставин (наприклад, функціональної значущості певної дії, потребуючої нормативної охорони — закріплення посягання на неї як протиправного, запозичення іноземного досвіду тощо) відбувається легітимація сконструйованого соціального світу (соціального інституту, правила поведінки), тобто визнання його широкими верствами населення та седиментація (букв. «осадження», тобто «випадання в осад» — у зразки традиційної поведінки). Усе це має наслідком те, що сконструйований світ реїфікується та починає сприйматися як об'єктивна даність, природа речей, природна сутність.

При цьому слід мати на увазі, що соціально значущий суб'єкт, тобто той, хто переміг у боротьбі за «право номінації соціального світу» (за термінологією П. Бурд'є), формулює правило поведінки (у тому числі юридично значуще) зовсім не довільно. Інакше кажучи, конструювання соціального (та правового) світу не є абсолютно довільним, нічим не обумовленим креативним актом. Він (його волюнтаризм) обмежений як ресурсом наявних засобів, так і здоровим глуздом й оцінкою легітимуючого потенціалу. «Уявна нескінченність можливостей творчого потенціалу в дискурсивній практиці, — справедливо відзначає Н. Ферклоу, — ...на практиці виявляється вельми обмеженою та скутою через існуючі відносини гегемонії та боротьби за гегемонію» [5, с. 137]. Ця «боротьба за гегемонію» впроваджує такі обмеження на інновацію, як історичне минуле, панівна культура, стан сфер суспільства, міжнародне оточення. Ці зовнішні фактори інтеріоризуються правовою культурою у правосвідомість соціуму та піддаються селективному відбору з боку правлячої еліти та референтної групи, після чого новий зразок соціально значущої поведінки легітимується та означається (набуває значення) як правова поведінка. Цьому значною мірою, звісно, сприяє надання зразковій поведінці юридично-знакової форми, тобто втілення у відповідну форму права. Проте реальність права виникає не в момент його офіційного проголошення, а тільки після того, як нове правило поведінки трансформується у правопорядок.

Урешті-решт, остаточний вибір правила поведінки як правомірної, так і протиправної, залежить від широких народних мас, які або приймають його та включають у контекст правової культури суспільства, або відкидають. Тут принципове значення має соціокультурний та історичний контекст, який, за великим рахунком, і є трансцендентним критерієм правової селекції.

Таким чином, критичний дискурс-аналіз виступає перспективною методологією інтерпретації права, що спрямована на виявлення владних ідеологічних механізмів конструювання та відтворення правової реальності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков : Право, 2002. — 328 с.
2. Поляков А. В. Коммуникативные стратегии современной теории права / А. В. Поляков // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 5–8.
3. Антонов М. В. Современная теория права во Франции / М. В. Антонов // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 330–355.
4. Ricoeur P. Oneself as another / P. Ricoeur. — Chicago : The University of Chicago Press, 1992. — 374 p.
5. Fairclough N. Critical discourse analysis and the mercerization of public discourse: the universities / N. Fairclough // Discours and Society. — 1993. — № 4 (2). — P. 133–168.
6. Wodak R. Disorders of Discourse / R. Wodak. — London : Longman, 1996.
7. Ван Дейк Т. А. Дискурс и власть: Репрезентация доминирования в языке и коммуникации : пер. с англ. / Т. А. ван Дейк. — М. : Книж. дом «Либроком», 2013. — 344 с.
8. Fairclough N. Critical Discourse Analysis. The Critical Study of Language / N. Fairclough. — London : Longman, 1995.
9. Александров А. С. Введение в судебную лингвистику : монография / А. С. Александров. — Н.-Новгород : Нижегород. прав. акад., 2003 — 420 с.
10. Александров А. С. Что такое «судебная лингвистика» и каково ее отношение к научной догме уголовного процесса / А. С. Александров // Школы и направления уголовно-процессуальной науки ; под ред. А. В. Смирнова. — СПб., 2006. — С. 74–79.
11. Александров А. С. Текст закона и право / А. С. Александров // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе : сб. науч. тр. — Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2012. — С. 117–129.
12. Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Р. Алекси // Рос. ежегодник теории права. — 2009. — № 1. — С. 446–457.

Честнов І. Л. Критичний дискурс-аналіз як інтерпретативна парадигма посткласичної теорії права

Анотація. У статті розглядається можливість використання методології критичного дискурс-аналізу в юриспруденції. Автор зображує іманентність дискурсу правової реальності. Демонструються перспективи дискурсивної методології щодо правоутворення та реалізації права.

Ключові слова: теорія права, методологія права, критичний дискурс-аналіз.

Честнов И. Л. Критический дискурс-анализ как интерпретативная парадигма постклассической теории права

Аннотация. В статье рассматривается возможность использования методологии критического дискурс-анализа в юриспруденции. Автор показывает имманентность дискурса правовой реальности. Демонстрируются перспективы дискурсивной методологии применительно к правообразованию и реализации права.

Ключевые слова: теория права, методология права, критический дискурс-анализ.

Chestnov I. Critical Discourse Analysis as an Interpretative Paradigm of Post-Classical Theory of Law

Summary. The article considers the methodology of critical discourse-analysis in jurisprudence. The author shows the immanence of the discourse of legal reality. The prospects of discursive methodology with regard to education and implementation of the law are demonstrated.

Key words: legal theory, methodology of law, critical discourse analysis.

ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ НЕОРЕАЛІСТИЧНОГО РОЗУМІННЯ ПРАВА: ПРО ТЕОРІЮ ТЛУМАЧЕННЯ МІШЕЛЯ ТРОПЕРА ТА ЙОГО ДИСКУСІЯ З ОТТО ПФЕРСМАННОМ¹

М. АНТОНОВ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії
та історії права і держави
(Національний дослідницький університет
«Вища школа економіки»,
Санкт-Петербург, Росія)*



Неореалістичний підхід до права Мішеля Тропера, почесного професора Університету Париж-Уест (Париж-10), є одним із найбільш цікавих напрацювань французьких філософів права за останні десятиріччя. Змістовно ця концепція ставить собі за мету осмислення меж і умов суддівської свободи при тлумаченні правових текстів. Як пояснити ситуації, коли в результаті тлумачення текстів законів або конституцій судді доходять висновків, які, здається, не мають нічого спільного з буквальним смислом цих текстів або ж з експліцитними намірами законодавця? Професор М. Тропер і група його однодумців (вельми впливова у французькій теорії права і конституційному праві Франції) шукають відповідь через призму так званої «(не)реалістичної теорії тлумачення права»², яка поєднує в собі окремі елементи правового реалізму, аргументативної теорії права і юридичного нормативізму [1]. Завданням цієї теорії є очищення правової науки від ідеології, яка приховує реальний стан справ — практично необмежену свободу інтерпретатора, що може вкласти в розтлумачуваний правовий текст абсолютно будь-який зміст. Якщо інші члени правового співтовариства не оскаржують цей акт тлумачення і якщо він не буде скасований або замінений іншим тлумаченням, то юридичні спори щодо витлумаченого тексту в контексті аналізованої судом конкретної ситуації в подальшому неможливі згідно з правилом *res iudicata*. Усі інші думки про цю ситуацію і про значення правового тексту (конституції, закону, підзаконного акта тощо) у зв'язку з нею будуть позбавлені юридичного значення. Запроваджуваний М. Тропером в цю схему нюанс полягає в тому, що суддя не

¹ Переклад з російської В. Бочарова.

² Префікс «нео-» вживається М. Тропером і його послідовниками далеко не завжди — зазвичай лише в тих контекстах, де автори намагаються продемонструвати відмінності між їх уявленнями та ідеями представників американського чи скандинавського правового реалізму.

«виявляє» якість приховане у правовому тексті значення, а створює його; інакше кажучи, акт застосування не є пізнавальним (когнітивним) актом — це акт волевиявлення судді (або іншого правозастосувача) з визначення змісту тексту, який до цього акта не заданий. Виходить, що суддя майже повністю вільний при тлумаченні (визначенні значення) правового тексту. Тлумачення передбачає не пізнання суддею якогось «абсолютного значення тексту, закладеного в нього законодавцем», а створення такого значення, яке єдине спричинятиме юридичні наслідки у правовій системі. Отже, для М. Тропера, як і для Г. Кельзена (хоча в дещо іншому сенсі) будь-який акт правозастосування одночасно є й актом правотворчості.

Звичайно, щодо цього наявні певні обмеження — «непрямі зобов'язання», «аргументативні стримування»¹, які визначають місце судді в системі владних відносин, дають йому концептуальний і термінологічний інструментарій для обґрунтування актів тлумачення, вміщують його інтерпретаційні акти в певний контекст аргументації. Але в будь-якому випадку це не нормативні обмеження — вони мають більш прагматичний характер і пояснюють поведінку судді з точки зору фактичних меж його влади. Ці останні, на переконання М. Тропера, суддя (або інший інтерпретатор) створює для себе сам, доказом чого виступають випадки з конституційної історії, коли вищі судові органи своїми власними рішеннями створювали для себе нові компетенції (зокрема, *справа Мербері проти Медісона в практиці Верховного суду США*). Саме прагнення пояснити ці складні випадки суддівської правотворчості за межами законів і конституцій (приміром, *справа Банка ха-Мізрахі в практиці Верховного суду Ізраїлю*, коли Суд витлумачив деякі законодавчі тексти як такі, що мають силу конституції, тим самим фактично створивши Конституцію) становлять осердя неореалістичної теорії тлумачення.

Автентичні інтерпретатори (тобто ті, з чікими рішеннями правопорядок пов'язує юридично обов'язкові наслідки) можуть вкласти будь-яке значення в інтерпретовані тексти і для цього, на переконання М. Тропера, немає ніяких нормативних перешкод. Адже самі «норми» містяться не у правових текстах (текстах законів, конституцій, регламентів тощо), а в актах тлумачення цих текстів. Так, якщо пригадати недавню конституційну історію України, відсторонення від посади колишнього президента як такого, що «самоусунувся від виконання конституційних повноважень», набуває свого нормативного пояснення (з точки зору неореалістичної теорії тлумачення) аж ніяк не у значенні, закладеному в Конституції (яка за своїм текстуальним змістом не містить такої підстави для відсторонення президента від посади, як «самоусунення»). Нормативне пояснення, з точки зору неореалізму, можна віднайти в тій тезі, згідно з якою значення (а отже, й норму) Конституції з цього питання насправді створює парламент при автентичному тлумаченні, даному в постанові про усунення президента Януковича з посади².

¹ Термін «*constraints juridiques/argumentatives*» перекладався по-різному: як «непрямі зобов'язання», як «юридичні стримування», як «аргументативне спонукання» [пор.: 1; 2].

² Ця проблематика наразі стала одним із предметів обговорення у зв'язку з доповіддю М. Тропера на міжнародному симпозіумі «Відповідальність в умовах демократії» (Санкт-Петербург, НДУ ВШЕ, 20–21 березня 2014 р.). Згідно з позицією М. Тропера, відсутність у тексті Конституції (статті 85, 108–111) можливості відсторонення президента від посади парламентом за мотивами «самоусунення» не відіграє жодної ролі — зазначимо лише те, що правопорядок України пов'язав юридичні наслідки (зміщення президента, призначення виборів тощо) з Постановою № 757-VII. Конституція встановлює те, що встановлюють її інтерпретатори, наділені політичною владою.

Позиція М. Тропера ближча до англосаксонського розуміння нормативності, де за орієнтири для суб'єктів права правлять не самі тексти статутів, а те тлумачення, яке цим текстам надають суди. Здавалося б, такий образ безмежної суддівської свободи суперечить образу судді як «вуст закону» і образу правової держави як «правління законів, а не людей», що на них у європейській філософії права ґрунтуються інститут поділу влади і демократична модель політичного устрою¹. Традиційна континентальна догматика, де суддя розглядається не як творець права, а лише як слуга, «вуста закону» (Ш. Л. Монтеск'є), несумісна з ідеями М. Тропера і його послідовників — це визнає й сам М. Тропер, підкреслюючи ідеологічний характер юридичної догматики континентального права [напр., 3; 8]. Суддя в концепції М. Тропера виступає не тільки «хранителем», а й творцем права, загалом вільним із нормативної точки зору. Одна з аксіом праворозуміння Нового часу полягає в тому, що соціальні конфлікти підлягають розв'язанню судовими органами, які займають об'єктивну щодо учасників спору позицію. Ця об'єктивність гарантована не лише незалежністю судді, а і його зв'язаністю «веліннями закону». Проте М. Тропер абсолютно не згодний із тим, що суддя є тільки «вустами закону» в тому сенсі, що суддя в судовій справі лише механічно озвучує правила, заздалегідь сформульовані законодавцем. «Об'єктивного значення [закону] не існує ні в задумі законодавця, ні незалежно від нього. Єдине можливе значення конституюється тлумаченням; можна сказати, що до тлумачення текст не має в собі значення і перебуває в його очікуванні», — пише він [1, с. 138].

Суддя є таким саме суб'єктом рефлексії, як і учасники спору та будь-які інші особи; він знає про текст закону стільки ж (фактично, він може знати як більше, так і менше), скільки й інші учасники процесу. Тому він просто нездатний вивести із тексту закону якийсь «іманентно властивий» самому закону смисл. Якщо те значення, яке встановлює суддя, наділяється у правовому порядку зобов'язуючою силою, то не тому, що суддя здатний краще за інших виявляти об'єктивне значення закону на підставі логічної дедукції, а тому, що він наділений повноваженнями владного (обов'язкового) тлумачення. Водночас суддя не є незалежним діячем; результати його діяльності, його професійна кар'єра, престиж значною мірою

Схожа ситуація із сучасної історії пострадянських країн — конфлікт між президентом Єльциним, Конституційним Судом РФ і російським парламентом у 1993 р. — стала предметом аналізу в рамках іншого наукового семінару («Конституційне тлумачення», Санкт-Петербург, НДУ ВШЕ, 28–29 березня 2012 р.), де з цього приводу розгорнулася цікава дискусія між О. Пфферсманном і Е. Мійяром, що розкрила концептуальні переваги та недоліки неореалістичної теорії в частині пояснення подібних ситуацій. Якщо додержуватися логіки неореалістів, юридично чинним (нормативним) буде тлумачення Конституції з боку того органу (президента в Росії 1993 р. і парламенту в Україні в 2014 р.), який здобув політичну перемогу над противниками. Проблематика меж і природи конституційного тлумачення була розкрита в роботах М. Тропера і О. Пфферсманна [3; 4].

¹ При цьому М. Тропер у своїх працях неодноразово підкреслює, що розуміння відтворення права через аргументацію і тлумачення означає не спростування, а, навпаки, утвердження демократії в її процедурному аспекті: «Істинна демократія є владою суддів» [5, с. 2]. Інший відомий представник французького реалізму, професор Ерік Мійяр також намагається спростувати міф про антидемократизм неореалістичної теорії, зокрема, вказуючи на те, що якщо «дана теорія і суперечить традиційним теоріям політичної демократії, то тільки через критику можливості реалізації цих теорій у системі права» [6, с. 729], підкреслюючи «цінність процедурної демократії і важливість індивідуального вибору» [6, с. 734]. Так чи інакше, але не можна не помітити, що неореалістичний підхід до тлумачення права, щонайменше, ставить під питання такі постулати, як «верховенство закону» і «правова визначеність».

залежать від того, наскільки його рішення узгоджуються з позицією вищестоящих судових органів. Емпірична теорія права цією залежністю судді нехтувати не може і не повинна сліпо приймати ідеологічні установки юриспруденції Нового часу, що створюють ідеалізований і оманливий образ права як системи загальних норм, що виражають волю народу [7].

У такий спосіб М. Тропер доходить до визнання того, що значення правового тексту (конституції, закону, указу і т. ін.) не існує як об'єктивна даність, що воно визначається кожним суб'єктом рефлексії самостійно, і що закон, відповідно, не наділений певним зобов'язальним смислом. Прикметник «певним» є вкрай важливим для розуміння руху думки французького правознавця, адже М. Тропер услід за Г. Кельзеном вважає норму значенням акту волевиявлення. Якщо значення акту волевиявлення законодавця (народу, парламенту тощо) визначає не сам законодавець, а суддя як інтерпретатор цієї волі, то справжнім творцем, автором норм є саме суддя (правозастосувач). Якщо текст закону для правознавця, правозастосувача, будь-якого іншого суб'єкта права становить лише інформацію до роздумів, то поведінка людей не може бути «врегульована» нормами «об'єктивного» права. Зрештою, закон сам собою не може «врегулювати» поведінку, оскільки положення закону є загальними і абстрактними, призначеними для стандартних випадків і ситуацій, а життя складається із незліченної кількості несхожих одна на одну ситуацій і безлічі поведінкових актів, для кожного з яких правозастосувач створює норму, тобто встановлює значення правового тексту стосовно цього акту поведінки. Таке трактування загальних правил у контексті конкретних ситуацій і називається М. Тропером тлумаченням; у цьому сенсі термін «тлумачення» практично рівнозначний за обсягом терміну «правозастосування» в доктрині Г. Кельзена.

Професор М. Тропер намагається чітко розмежувати царину нормативного і фактичного, стверджуючи, що право (точніше, те, що є об'єктом пізнання науки про право, — правові висловлювання) належить саме до сфери фактів, яку потрібно вивчати за допомогою емпіричних методів. Французький мислитель доходить висновку, що право, з яким ми зустрічаємося в дійсності, складається не з об'єктивних абстрактних правил і схем — воно становить продукт діяльності певних інститутів, які авторитетно вирішують, що є правом для кожного конкретного випадку. Саме таким право постає з точки зору емпіричної науки, яка покликана збирати й досліджувати «лише факти і нічого крім фактів».

Далі М. Тропер наводить досить цікавий епістемологічний аргумент — норма є значенням акту волевиявлення, але для адресата правового припису юридичну чинність має (тобто спричиняє обов'язкові наслідки, зумовлює поведінку адресата) не акт волевиявлення законодавця (він викладений в абстрактній формі і нікого конкретно ні до чого не зобов'язує), а волевиявлення правозастосувача, насамперед судді. Як було зауважено вище, норма як значення, що має зобов'язуючий характер, створюється не законодавцем, а правозастосувачем. Отже, закон не є джерелом обов'язкових приписів — це всього лише текст, за допомогою якого судді (й інші інтерпретатори) легітимізують свої рішення; однак такі рішення не зумовлюються текстом безпосередньо. Тож зв'язаність суддів правом, верховенство права, законність виявляються не більше ніж гаслами, а суддя — фактичним господарем системи права. Це особливо виразно, на думку французького правознавця, унаочнюється у випадку конституційного

тлумачення, де суддя не пов'язаний ієрархічними відносинами з вищестоящими органами, які б обмежували його свободу [8; 9]. В інших випадках на суддю мають вплив два чинники: переконаність у зв'язаності його рішень і його поведінки правом (залежно від сили переконання суддя може почувати себе більш-менш вільним у тлумаченні) і розрахунок на позицію вищестоящої інстанції, якій суддя не має суперечити, аби його рішення не було скасоване¹.

Сутність реалістичної теорії тлумачення попервах була викладена М. Тропером у однойменній роботі в трьох тезах (тлумачення є актом волевиявлення; його об'єкт становлять не норми, а правові висловлювання і факти; суб'єкти тлумачення наділені специфічною владою, яка не має нормативних обмежень [1, с. 137]). Право існує і розвивається в діях суб'єктів права і насамперед правозастосувачів. Виявлений унаслідок тлумачення тексту смисл являє собою правило, яке може набути «юридичної сили» (тобто реального ефекту, здатності зв'язувати поведінку інших осіб) за умови, що ці особи перебувають у залежності від того органу, який наділив реальним значенням абстрактний правовий текст, і тому змушені брати до уваги позицію такого органу і керуватися нею. У цьому полягає «фактична нормативність» або «ефективність» акту тлумачення як ознака його юридичної сили. Лише фактична зв'язаність однієї особи волею іншої особи (органу) може змусити (спонукати, зобов'язати) першу особу поводитись відповідно до того значення, яким друга особа (орган) наділили той чи інший текст [11]. З огляду на це найважливішим концептуальним моментом міркувань про нормативність стає проблема об'єктивності правових висловлювань: чи має інтерпретатор справу з якимось апріорно заданим значенням такого висловлювання, чи створює його значення під час тлумачення тексту?

Якщо ми визнаємо, що норма становить значення певного акту волевиявлення, то до виявлення цього значення норми не існує. Цей висновок беззаперечний для тих, хто дотримується кельзенівського «чистого вчення» про право. Але на відміну від Г. Кельзена, французький теоретик підкреслює окремі важливі нюанси [12]. По-перше, для М. Тропера правовий текст від початку позбавлений якого-небудь нормативного значення і належить до іншої категорії висловлювань — це висловлювання об'єктної мови. Натомість сконструйовані внаслідок автентичного тлумачення норми відносять до метамови. По-друге, правові норми створюються не представниками юридичної доктрини, а органами автентичного тлумачення (насамперед вищими судовими та адміністративними органами). По-третє, М. Тропер не визнає кельзенівської гіпотези «основної норми». Він приймає запропоноване Г. Кельзеном ототожнення права і держави, але закидає австрійському правознавцю невинуватість відокремлення самих актів волевиявлення від значення цих актів. Основна норма М. Троперу не потрібна, оскільки вищою підставою юридичної чинності правових текстів, на його думку, є ефективність актів тлумачення, їх здатність спричинити реальний ефект у правопорядку.

М. Тропер у цьому центральному аспекті вважає за потрібне «підправити» кельзенівську теорію тлумачення: норма не є значенням акту волевиявлення; певний акт волевиявлення набуває значення норми, тільки якщо інший акт

¹ Питання свободи конституційного судді стає одним з основних моментів критики з боку О. Пферсмана, розглянутої нами нижче [також див.: 8].

волевиявлення надає першому акту таке значення [13]. З цієї точки зору немає потреби впровадження у правопорядок гіпотези «основної норми», оскільки єдність правопорядку, за М. Тропером, ґрунтується не на нормах, а на актах волевиявлення, відносна одноманітність яких пояснюється єдністю культурних, політичних та інших умов життя того чи іншого суспільства — те, що він називає «(юридичними) стримуваннями» [14]. Якщо судження інтерпретатора про значення тексту (таке судження М. Тропер вважає актом волі, а не пізнання — адже до винесення такого судження норми немає і тому вона не може бути пізнана за визначенням) не буде оскаржене й відкинуте іншим, більш високим за ієрархією органом тлумачення, то таке судження набуває юридичної сили й створене цим судженням значення якогось правового тексту стає нормою. Оскільки акт волевиявлення у праві практично завжди вбраний у форму лінгвістичного висловлювання, акт надання значення мусить набути форми тлумачення тексту того висловлювання, в якому виражений відправний (роз'яснюваний) акт волевиявлення. Це означає, що немає жодних підстав для критики судового рішення (чи іншого акту автентичного тлумачення) — кожне наділене юридичною силою рішення є правильним, оскільки тільки в судових рішеннях (у більш широкому сенсі — в рішеннях і постановах судових, адміністративних та інших владних органів) виявляється справжнє значення застосовуваних правових текстів.

Саме цей концептуальний момент стає предметом для ґрунтовної критики з боку іншого провідного французького конституціоналіста і теоретика права Отто Пферсмманна. Критична стаття професора О. Пферсмманна [15] викликала полемічну відповідь з боку М. Тропера [16], на яку О. Пферсмманн дав розгорнутий коментар [17]. Видається доцільним розглянути цю полеміку, оскільки вона розкриває як сильні, так і теоретично слабкі місця концепції неореалізму в тлумаченні.

Свою критику О. Пферсмманн починає з питання про нормативність права [15, с. 218] — чи можливе право саме як нормативний порядок повинності, а не як фактичний порядок владних відносин? Саме тут О. Пферсмманн убачає головну епістемологічну хибу свого опонента, який змушений висувати, що «право не існує як *нормативний об'єкт*» [15, с. 223]. Логіка міркувань О. Пферсмманна є такою: якщо значення якогось тексту (закону або конституції) не існує до моменту його виявлення автентичним інтерпретатором, то як пояснити і визначити компетенцію самого інтерпретатора? Адже згідно з неореалістичною концепцією, саме компетенція інтерпретатора є єдиним критерієм нормативності його висловлювань (висловлювання створюють норми, якщо вони виражені автентичними інтерпретаторами; висловлювання всіх інших осіб не мають ніяких юридичних наслідків). Якщо М. Тропер щодо цього пропонує визначати автентичність за правовими наслідками, з якими правопорядок пов'язує акт тлумачення, і якщо самі ці наслідки визначаються інтерпретатором і тим фактом, що інші правозастосовчі органи не оскаржили акт тлумачення, то тоді інтерпретатор сам себе наділяє повноваженнями, а його компетенція походить від фактичного співвідношення політичних сил. Це визнає і М. Тропер, припускаючи, що в разі зіткнення суджень (актів тлумачення) президента, парламенту чи конституційного суду автентичним буде той акт тлумачення, який походить від суб'єкта, що наділений більшою політичною силою, а отже, спричинить фактичні наслідки для правопорядку і його суб'єктів [16, с. 281].

Другою мішенню для критики концепції М. Тропера з боку О. Пфферсмманна стала претензія неореалістичної теорії тлумачення на створення метамови, за допомогою якої ця теорія кваліфікує певні акти тлумачення як автентичні, тобто надає їм нормативного значення. Тут, на переконання О. Пфферсмманна, неореалісти потрапляють у замкнене коло. З одного боку, вони стверджують, що встановити значення певного акта може лише автентичний інтерпретатор і тому доктринальне тлумачення осіб, які не мають відповідної компетенції в правопорядку, є юридично нерелевантним. З другого боку, неореалісти описують деякі акти тлумачення як такі, що мають певне юридичне значення; утім це, згідно з їх власним переконанням, здатний чинити тільки суддя чи інший правозастосувач, а не теоретик або філософ права [15, с. 261–264]. Заперечення М. Тропера стосуються переважно термінологічних нюансів [16, с. 281–284]; аргумент О. Пфферсмманна про те, що неореалістична теорія займається пізнанням/тлумаченням значень правових текстів та актів їх інтерпретації й не може вважатись емпіричною наукою, залишається без відповіді по суті.

Третім аргументом проти неореалізму виступило його положення, яке О. Пфферсмманн позначає як «органічний когнітивізм» — твердження, що орган автентичного тлумачення здатний сформулювати істинне/правильне значення певного правового тексту, яке може бути пізнане іншими суб'єктами. Натомість, таке уявлення вочевидь суперечить головній тезі М. Тропера стосовно вольового, а не когнітивного характеру автентичного тлумачення. Ця критика була сприйнята М. Тропером як обґрунтована [14, с. 285].

У цілому, докладний розбір неореалістичної теорії привів О. Пфферсмманна до висновку про те, що ця теорія не має об'єкта, тобто права як самостійної реальності, відмінної від владних відносин або актів примусу. «Відповідь» М. Тропера була розглянута О. Пфферсмманном в окремій статті [17], положення якої пов'язані переважно з семантичними і термінологічними питаннями, порушеними професором М. Тропером. З огляду на зумовлені форматом статті обмеження можливості ґрунтовного розбору цієї цікавої щодо правової гносеології полеміки двох провідних французьких теоретиків, ми зупиняємося на цих зауваженнях загального характеру й відсилаємо читача до тексту полеміки — аби мати змогу відчувати рівень техніки аргументації, що характеризує сучасну французьку теоретичну юриспруденцію. Тут ми також утримаємося від своєї оцінки теорії М. Тропера і результатів його дебатів з О. Пфферсмманном, підкресливши ключове значення цих теорій та полеміки для розуміння тенденцій розвитку сучасної французької правової думки. Насамкінець висловимо сподівання, що знайомство з неореалістичною теорією та вивчення епістемологічних проблем, з якими стикається ця теорія, дозволить російським та українським правознавцям досягнути нові грані і перспективи розвитку правової науки.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования / М. Тропер // Сравнит. конституц. обозрение. — 2006. — № 1. — С. 139–143.
2. *Антонов М. В.* Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании / М. В. Антонов // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 321–345.

3. *Troper M.* Конституционное толкование / М. Тропер // Правоведение. Изв. высш. учеб. зав. — 2012. — № 4. — С. 88–103.
4. *Pfersmann O.* Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) / О. Пферсманн // Правоведение. Изв. высш. учеб. зав. — 2012. — № 4. — С. 104–132.
5. *Troper M.* The Judicial Power and Democracy / М. Troper // European Journal of Legal Studies. — 2007. — № 1. — P. 2.
6. *Millard E.* Quelques remarques sur la signification politique de la Theorie realiste de l'interpretation / E. Millard // L'architecture du droit, Melanges en l'honneur du Professeur Michel Troper / dir. D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard. Economica, 2006.
7. *Troper M.* Justice constitutionnelle et démocratie / М. Troper // Pour une théorie juridique de l'État. — P. 329–334.
8. *Troper M.* Проблема толкования и теория верховенства конституции / М. Тропер // Сравнит. конституц. обозрение. — 2005. — № 4. — С. 171–181.
9. *Troper M.* Свобода толкования у конституционного судьи / М. Тропер // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 184–195.
10. *Антонов М. В.* Предисловие переводчика к статьям М. Тропера и О. Пферсманна / М. В. Антонов // Правоведение. Изв. высш. учеб. зав. — 2012. — № 4. — С. 88–90.
11. *Troper M.* Функция отправления правосудия или судебная власть? / М. Тропер // Мировой судья. — 2006. — № 2. — С. 3–8.
12. *Troper M.* Маршалл, Кельзен, Барак и конституционный софизм / М. Тропер // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 205–217.
13. *Troper M.* Кельзен, теория толкования и структура правопорядка / М. Тропер // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 196–204.
14. *Champeil-Desplats V.* Proposition pour une théorie des contraintes juridiques / V. Champeil-Desplats, M. Troper // Champeil-Desplats V., Grzegorzczuk Ch., Troper M. (ed.) Théorie des contraintes juridiques. — Bruxelles ; Paris, 2005.
15. *Pfersmann O.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / О. Пферсманн // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 218–272.
16. *Troper M.* Ответ Отто Пферсманну / М. Тропер // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 273–291.
17. *Pfersmann O.* Теория без объекта, доктрина без теории. В качестве ответа Мишелю Троперу / О. Пферсманн // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 292–320.
18. *Troper M.* Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione / М. Troper, O. Pfersmann. — Editoriale Scientifica, 2007.
19. *Troper M.* Предисловие к русскому изданию / М. Тропер // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 180–183.
20. *Антонов М. В.* Толкование права как основной путь к изучению правовых институтов и явлений (на примере реалистской правовой теории М. Тропера) / М. В. Антонов // Сравнительно-правовой анализ в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и временном аспектах : Тр. Лаб. сравнит.-прав. исслед. / под ред. Т. А. Алексеевой, А. В. Ильина. — СПб., 2011. — С. 63–73.

Антонов М. В. Теоретичні проблеми неореалістичного розуміння права: про теорію тлумачення Мішеля Тропера та його дискусія з Отто Пферсманном

Анотація. У статті автор розглядає головні тези та методологічні постулати неореалістичної теорії сучасного французького теоретика права та конституціоналіста Мішеля Тропера. Автор акцентує на значущості цієї теорії для розуміння наявних сьогодні у світовій науці поглядів на природу тлумачення права, на роль судді й межі його свободи при тлумаченні. Розгляд неореалістичної теорії супроводжується коротким аналізом дебатів Мішеля Тропера з іншим видатним представником сучасної французької правової науки Отто Пферсманном.

Ключові слова: неореалізм, тлумачення права, вільне знаходження права, суддівський розсуд, правозастосування, конституційне тлумачення, нормативність права.

Антонов М. В. Теоретические проблемы неореалистического понимания права: о теории толкования Мишеля Тропера и его дискусия с Отто Пферсманном

Аннотация. В настоящей статье автор рассматривает основные тезисы и методологические постулаты неореалистической теории современного французского теоретика права и конституционалиста Мишеля Тропера. Автор делает акцент на значимости этой теории для понимания существующих сегодня в мировой науке воззрений на природу толкования права, на роль судьи и пределы его свободы при толковании. Рассмотрение неореалистической теории сопровождается кратким анализом дебатов Мишеля Тропера с другим выдающимся представителем современной французской правовой науки Отто Пферсманном.

Ключевые слова: неореализм, толкование права, свободное нахождение права, судебское усмотрение, правоприменение, конституционное толкование, нормативность права.

Antonov M. Theoretical Issues of the Neorealist Approach to Law: About the Theory of Interpretation by Michel Troper and His Debates with Otto Pfersmann

Summary. In the present article the author examines the basic theses and methodological postulates of the neorealist theory by a contemporary French legal theoretician and constitutionalist Michel Troper. The author stresses actuality of this theory for better understanding of approaches which are developed in the contemporary legal science concerning nature of interpretation of law, the role a judge plays in interpretation and the limits of his liberty therein. Examination of the neorealist theory is followed by a short analysis of the debates between Michel Troper and another outstanding French legal scholar of our days, Otto Pfersmann.

Key words: neorealism, interpretation of law, free finding of law, judicial discretion, law-enforcement, constitutional interpretation, normativity of law.

ТЛУМАЧЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ: ПІДХОДИ ОКРЕМИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ

І. ДІКОВСЬКА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*



Проблема тлумачення актуальна для всіх галузей права, оскільки вона є складовою процесу правозастосування. Неможливо застосувати правову норму, не з'ясувавши її змісту, не визначившись із тим, чи охоплює цей зміст відносини, які необхідно врегулювати за допомогою права. У цивільному праві її значущість посилюється, тому що цивільно-правові норми містять значну кількість оціночних понять (наприклад, «розумний строк», «істотна шкода», «добросовісне виконання зобов'язання» тощо). Крім того, у деяких випадках правозастосовчі органи наділені можливістю врегульовувати цивільні відносини за аналогією.

Відомо, що цивільні кодекси окремих країн свідомо створювалися таким чином, щоб надати широкі можливості їх тлумачення під час застосування.

Так, наприклад, Наполеон вважав, що Цивільний кодекс повинен встановлювати тільки загальні принципи (які, однак, не впливали із філософських міркувань, але засновувалися на існуючих нормах та звичаях), які судді повинні застосовувати до конкретних обставин справи [1, с. 195].

Як наслідок у ст. 4 французького Цивільного кодексу (надалі — ФЦК) було зафіксовано правило про те, що «суддя, який відмовиться судити у зв'язку із мовчанням, неясністю чи недостатністю закону, може підлягати переслідуванню за обвинуваченням у відмові від правосуддя»¹. Водночас, на відміну від країн загального права, судді у Франції «забороняється проголошувати загальне, нормативне положення з питань, які він розглядає» (ст. 5 ФЦК) [3].

Ще далі йде ЦК Швейцарії, ст. 1 якого встановлює таке: «1. Закон застосовується відповідно до його формулювань чи тлумачення до усіх правових питань, щодо яких він містить норми. 2. Якщо закон не містить необхідної норми, суд приймає рішення, виходячи із звичаєвого права, а за відсутності такого — відповідно до норми, яку б він створив, якби був законодавцем. 3. При цьому суд повинен слідувати встановленій доктрині та практиці» [4].

¹ В Україні схожі правила містяться у процесуальних кодексах. Так, ст. 8 (9) ЦПК України [2] та ст. 4 (7) ГПК України забороняють судам відмовляти «у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини».

При цьому більшість цивільних кодексів не містять спеціальних норм, присвячених тлумаченню цивільно-правових норм (зокрема, такі норми відсутні у ФЦК, Німецькому цивільному уложенні, ЦК Нідерландів, ЦК України).

Деякі дослідники оцінюють це негативно і пропонують визначати методи тлумачення цивільно-правових норм законодавчо [5, с. 6].

Інші автори дотримуються протилежної точки зору. Так, Р. Давид зазначає, що «законодавець із похвальною мудрістю ніколи не вважав, що може встановити певні методи тлумачення; будь-які правила, які б могли бути виданими у зв'язку із цим, не зменшили б свободу тлумачення. Ніде й ніколи практика не дотримувалася тільки одного з існуючих методів тлумачення; прагнучи знайти справедливе рішення, вона комбінує різні підходи. Зрештою все залежить від психології того чи іншого судді і позиції тієї школи, яку він свідомо чи інтуїтивно підтримує» [6, с. 111].

Водночас деякі цивільні кодекси, прийняті порівняно нещодавно, містять правила щодо їх тлумачення. Так, наприклад, ст. 1 (6) Іспанського цивільного кодексу (надалі – ІЦК) прямо закріплює право Верховного Суду Іспанії здійснювати тлумачення законів, звичаїв та загальних правових принципів¹. Крім того, ст. 3 ІЦК містить спеціальні правила тлумачення правових норм. Зокрема, «1. Правові норми підлягають тлумаченню відповідно до властивого значення їх формулювань у зв'язку із їх контекстом, історичною та правовою основою та соціальною реальністю у час, у який вони застосовуються, переважно беручи до уваги їх дух та мету. 2. Справедливість може братися до уваги під час застосування норм, рішення судів можуть засновуватися лише на справедливості, якщо закон прямо це дозволяє» [7].

У параграфі 2 ЦК Чеської Республіки зазначається: «(1) Кожне положення приватного права може розумітися тільки відповідно до Хартії основних прав і свобод та конституційного порядку в цілому, принципів, які лежать в основі права, а також постійної уваги до цінностей, які воно захищає. Якщо тлумачення окремих положень тільки згідно з їх формулюваннями порушує це правило, від такого тлумачення слід відмовитися. (2) Законодавчому положенню не може надаватися інший зміст, ніж той, що впливає з його власних формулювань у їх розумінні взаємної поваги і явного наміру законодавчого органу, ніхто не може покладатися на слова законодавства проти його сенсу. (3) Тлумачення і застосування правових норм не мають суперечити нормам моралі, і не повинні призводити до жорстокості або недбалості, що ображають звичайні людські почуття» [8].

Однак неможливо не визнати того, що навіть у тих країнах, де правила тлумачення визначені законодавчо, є необхідність звернення до правової доктрини, оскільки наведені норми цивільних кодексів сформульовані таким чином, що самі потребують тлумачення. Вивчати доктринальні підходи щодо тлумачення цивільно-правових норм спонукають і вимоги до змісту судового рішення, адже однією із них є те, що рішення повинно бути вмотивованим.

В українській цивілістичній доктрині виділяють різні способи тлумачення цивільно-правових норм. Найбільш ґрунтовне дослідження цієї проблематики

¹ Так, відповідно до ст. 1 (6) ІЦК «Судова практика доповнює правову систему за допомогою доктрини, неодноразово застосовуваної Верховним Судом під час тлумачення та застосування законів, звичаїв та загальних правових принципів» [7].

здійснене В. Карабаном, який виділяє: «1) тлумачення — перетворення тексту акта цивільного законодавства з метою надання йому вигляду, що відповідає структурі норм цивільного права; 2) тлумачення — виявлення за допомогою відповідних логічних засобів правових приписів, що закріплюються в даному положенні цивільного законодавства; 3) систематичне тлумачення; 4) лінгвістичне тлумачення положень актів цивільного законодавства; 5) логічне тлумачення актів цивільного законодавства; 6) із врахуванням інших чинників (історичного, мети актів, ідей верховенства права)» [5, с. 9].

При цьому у самому документі, який інтерпретує значення законодавчих положень, використані способи тлумачення можуть прямо визначатися. В інших випадках висновок щодо використання тих чи інших способів можна зробити з аналізу відповідного документа (хоча вичерпність висновків у даному випадку викликає сумніви). Так, очевидно, що у Рішенні Конституційного Суду України (далі — КСУ) у справі № 1-46/2009 [9] використані логічний¹ та систематичний² способи тлумачення.

В іншій справі КСУ, здійснюючи тлумачення ч. 3 ст. 99 ЦК України, використав «системний аналіз норм Цивільного кодексу (статті 99, 145, 147, 159, 161), Господарського кодексу України (стаття 89), Закону України “Про господарські товариства” (статті 47, 62, 63), Закону України “Про акціонерні товариства” (статті 52, 58, 59, 60, 61)» [10].

Французькі науковці пропонують різні класифікації методів тлумачення. Ж. Карбоньє, наприклад, описує три методи тлумачення законодавства: екзегетичний метод, метод соціальної мети та метод вільних наукових досліджень. Р. Давид розрізняє граматичне, логічне, історичне та телеологічне тлумачення. А. Рейг розрізняє тлумачення шляхом пошуку наміру законодавця, яке може застосовуватися до недавно прийнятих законів, та тлумачення шляхом пошуку соціальної мети закону, зокрема для законів, прийнятих давно [1, с. 200, 201].

Екзегетичний метод був найбільш використовуваним у ХІХ ст. Його популярності сприяла необхідність тлумачення кодексів Наполеона, у результаті створення яких виникла думка про те, що закон є самодостатнім. Вважалося, що все право вмістилося в кодексах, тому тлумачення було зосереджене безпосередньо на їх текстах. Логічні методи міркування, наприклад міркування за аналогією, використовувалися для подолання труднощів, що виникали у практиці застосування кодексів. Екзегетичний метод наголошує на повазі до волі законо-

¹ У цьому рішенні КСУ серед іншого робить висновок про те, що: «режим вільного у цивільному обороті військового майна має аналогічний характер з правовим режимом інших видів державного майна, зокрема у сфері орендних відносин, якщо інше не передбачене законом» (абз. 3 п. 3.2 Рішення), який впливає із того, що «відповідно до положень статті 1 Закону України “Про правовий режим майна у Збройних Силах України” військовим вважається державне майно...».

² Тлумачачи ч. 2 ст. 777 ЦК України, КСУ зазначає, що «співвідношення між нормами ЦК України і законів, які регулюють особливості найму (оренди) окремих видів майна, полягає в тому, що норми цих законів тією чи іншою мірою встановлюють правовий механізм реалізації відповідної норми ЦК або передбачають додаткові умови її реалізації, або виключають застосування норм Кодексу, якщо це прямо передбачено ними чи впливає з їхнього змісту. Оскільки закони України... не передбачили заборони щодо переважного права орендаря на придбання державного, в тому числі військового, майна, то на правовідносини, які виникають між наймодавцем та наймачем у разі продажу військового майна, переданого у найм (оренду), поширюється дія норми, закріпленої у частині другій статті 777 Кодексу». Систематичне тлумачення було використано й у рішенні КСУ по справі № 1-20/2012 [11]. Такий висновок впливає, зокрема, із пп. 2.2, 2.3 Рішення.

давця. Якщо закон є зрозумілим, суддя повинен застосовувати його без тлумачення. Якщо закон є неясним, суддя розглядає підготовчі матеріали з тим, щоб з'ясувати намір законодавця, і у його ясному мисленні побачити значення незрозумілих положень [1, с. 198].

Із часом деякі положення кодексів застаріли, що створювало складнощі для застосування екзегетичного методу тлумачення. Це стало поштовхом до виникнення нового методу тлумачення «вільного наукового дослідження», запропонованого Ф. Гені. В основі цього методу лежить думка про недоцільність відслідковування волі законодавця (законодавчої історії), який вже пішов із життя. Натомість суддя, зустрівши прогалину чи неясність у законі, повинен діяти як законодавець і зосередитися на соціальних потребах, ідеалах сучасності, порівняльному правознавстві, історії, тією мірою, якою вона показує розвиток певного правового інституту [1, с. 199].

На думку Ф. Гені, суддя має застосовувати: 1) будь-яку норму писаного права, що підлягає застосуванню; 2) якщо такої не існує, — будь-який звичай, який може бути застосований; 3) якщо не існує норми писаного права чи звичаю, що безпосередньо містить застосовуване правило, то потрібно здійснити «вільний науковий пошук».

Останній являє собою процес, за допомогою якого той, хто здійснює тлумачення, визначається таким, що має розсуд застосовувати — якщо писане право мовчить — правило, розроблене ним самим, що відповідає справедливості та практичним потребам суспільства.

Ф. Гені вказує на те, що у випадку традиційного методу тлумачення суддя також може на свій розсуд зробити висновок про так званий законодавчий «намір» у випадку, якщо закон мовчить; але ця «традиційна» свобода є більш суб'єктивною, ніж метод «вільного наукового дослідження», оскільки підстави для реалізації «традиційного розсуду» не пов'язані з соціальними потребами і наслідками, але існують тільки у свідомості судді або того, хто здійснює тлумачення [12, с. 581].

Характеристиками звичаю, який підлягає застосуванню за відсутності норм писаного права, є такі: а) він повинен реально використовуватись; б) особи, на яких він поширюється, мають бути переконані, що його використання є обов'язковим згідно з приписом закону. При цьому Ф. Гені звертає увагу на те, що звичаї, не пов'язані з формальним правом, сьогодні відіграють дедалі менш важливу роль через мінливість індустріального суспільства. Натомість він стверджує, що у сучасному світі все більшого значення набуває інший вид обов'язкового звичаю: звичай судових рішень і правових доктрин, на які люди покладаються у своїх щоденних відносинах, із переконанням, що такий звичай являє собою право, що зобов'язує [12, с. 582–583].

Якщо закон або звичай не містять норми, що підлягає застосуванню до конкретного випадку, суддя повинен вирішити справу, міркуючи приблизно так само, як і законодавець під час створення письмового закону, використовуючи «метод вільного наукового дослідження». У результаті норма виводиться із формальних джерел та підлягає зважуванню з тим, щоб визначитися, чи її застосування виправдане з точки зору практичної корисності та чесності. Це нове правило має бути засноване на «потребах, що впливають із характеру питання та умов життя». Для цього суддя здійснює незалежну наукову процедуру, ретельно досліджуючи «об'єктивну природу речей» і пошук «балансу інтере-

сів». Ф. Гені пояснює, що метою судді є розкриття глибших реалій, на яких базуються формальні джерела, для того щоб знайти правильну норму, якщо писане право мовчить [12, с. 584]. Здійснюючи «вільний науковий пошук», суддя «зосереджується на соціальних потребах, ідеалах сучасності, порівняльному правознавстві, історії, тією мірою, якою вона показує розвиток певного правового інституту» [1, с. 199].

Цікаво, що у Франції суди відкрито не підтримували способу тлумачення, запропонованого Ф. Гені, хоча, як відмічають деякі дослідники, іноді вони дозволяли собі вільне поводження із текстами законів [1, с. 199].

Натомість, «метод вільного наукового дослідження» був сприйнятий в інших країнах, зокрема у Німеччині. Так, К. Цвайгерт і Х. Кьотц відмічають, що «практика верховних судів земель ФРН насичена рішеннями, в яких за допомогою порівняльного права усуваються неясності та прогалини у німецькому праві» [13, с. 34]. У Швейцарії цей метод був втілений у ст. 1 Цивільного кодексу.

Французькій правовій доктрині також відомий метод історичної еволюції (інша назва — метод пом'якшення текстів), який по суті є різновидом телеологічного методу. Суддя, використовуючи цей метод, вивчає лише текст закону, визнаючи при цьому, що дослідження волі законодавця може бути марним у світлі соціальних змін, що сталися з того часу, як закон був прийнятий. В основі цього методу — думка про те, що соціальні потреби є чимось, що постійно змінюється, і що дозволяє судді вільно адаптувати тексти до соціальних потреб, шляхом аналізу, якою була би думка законодавця нині [1, с. 199].

Сьогодні французькі судді, тлумачачи цивільно-правові норми, використовують такі правила тлумачення:

1. Якщо текст закону є зрозумілим, він повинен застосовуватися без тлумачення, крім випадків, коли із такого застосування слідує абсурдний результат.

2. Коли текст є двозначним або неясним, суди досліджують волю законодавця. З цією метою суддя досліджує уважно текст закону та розглядає коментарі, написані стосовно цього тексту. Таке дослідження не обмежується нормою, що підлягає застосуванню, але включає главу або закон у цілому. Часто положення є незрозумілим лише тому, що воно відокремлене від контексту закону.

3. Якщо це дослідження є недостатнім, суди часто звертаються до робочих матеріалів, щоб виявити намір законодавця. Разом із тим, хоча Касаційний суд погоджується із необхідністю вивчення робочих матеріалів, але підкреслює, що вони не пов'язують суди.

4. Якщо текст закону безпосередньо не дозволяє вирішити спір, суддям потрібно «принаймні почати з тексту закону, щоб розмістити у певне правове середовище норму, яку вони розроблять». Однак іноді судді посилаються на загальні принципи права.

5. Якщо законодавча історія є сплутаною, або закон є занадто старим, суддя буде звертати увагу на інші міркування та використає метод телеологічного тлумачення. Цей підхід частіше застосовується найвищими судами, Касаційним судом та Державною радою, ніж нижчими судами [1, с. 201, 202].

У Німеччині у перші десятиліття ХХ ст. для тлумачення цивільно-правових норм використовувалася доктрина «юриспруденції інтересів», запропонована фон Хеком, який проводив відмежування між визначенням мети норми та інтересів, конфлікт яких норма покликана вирішити [14, с. 67]. Кінцева мета судового рішення — задоволення потреб життя, матеріальних чи ідеальних

прагнень, що існують у правовому суспільстві. Усі ці прагнення і тенденції фон Хек називав інтересами. Інтереси є причиною правової норми, оскільки вони є «образами обов'язків» для законодавця, який перетворює їх на приписи. Суддя повинен ретельно зважити, чи поточна ситуація, протистояння інтересів, які підлягають зважуванню, збігаються із інтересами, уже зафіксованими законодавцем. Суддя повинен бути «думаючим партнером» законодавця.

Для того щоб досягти цієї мети, суддя повинен вжити деяких кроків. Перший із них стосується дослідження інтересів. На цьому етапі суддя повинен визначити зміст норми з точки зору всіх інтересів, які викликали її появу. Щоб мати правильне уявлення про норму, суддя об'єднує серію уявлень, отриманих за допомогою різних методів. Перше з цих уявлень походить із тексту закону, який тлумачиться відповідно до звичайних способів (граматичного, філологічного і т. д.). Друге уявлення випливає із обставин і мотивів, які привели до прийняття норми. Воно досліджується на основі підготовчих матеріалів і може визначити інтереси, які були явно присутні у законотворчому процесі. Це уявлення має бути в подальшому удосконалене, щоб виявити конфлікт інтересів, на основі якого була прийнята норма. Третє уявлення намагається знайти «мовчазну частину законотворчого процесу», яка теж вплинула на норми. У результаті, суддя отримує остаточне уявлення про норму.

На другому етапі суддя зіставляє результат свого дослідження із конкретними обставинами справи. Можливо, він виявить, що норма має прогалини або має бути виправлена [14, с. 69–70].

Суддя повинен утримуватися від будь-яких ціннісних суджень, допоки обставини справи охоплюються волею законодавця. Утім він повинен діяти творчо, коли воля законодавця щодо конкретних обставин справи мовчить. При цьому суддя зважає інтереси, керуючись при цьому, по-перше, міркуваннями законодавця та, по-друге, власною оцінкою [14, с. 71]. У Німеччині після Другої світової війни доктрина інтересів втрачає популярність, оскільки у період Третього Рейху німецькі судді використовували її для відстоювання владних інтересів. Інша причина полягала у відсутності чіткості критеріїв, за допомогою яких інтереси повинні зважуватися [14, с. 72].

У результаті після 1945 р. «юриспруденція інтересів» трансформувалася у «юриспруденцію оцінок». Згідно із нею суди можуть враховувати буквальне значення слів або граматичну структуру речення, законодавчу історію та систематичний контекст правової норми. Однак перш за все судді керуються метою норми [15, с. 24].

Підсумовуючи, варто зазначити, що у деяких країнах правила тлумачення цивільно-правових норм не визначені законодавчо; в інших — визначені. Водночас положення, що регулюють тлумачення цивільно-правових норм, сформульовані таким чином, що надають правозастосовчому органу значної свободи. Для тлумачення цивільно-правових норм використовується сукупність способів. Водночас слід відзначити, що сучасною тенденцією тлумачення цивільно-правових норм є зростання ролі різновидів телеологічного методу тлумачення, про що свідчать доктринальні джерела та положення цивільних кодексів окремих країн.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Claire M. German*. Approaches to statutory interpretation and legislative history in France / M. Claire // *Duke Journal of Comparative & International Law*. — 2003. — Vol. 13, № 3. — P. 195–206.
2. *Цивільний* процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. (зі змінами) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
3. *Code civil*. Version consolidée au 1 septembre 2013 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte= LEGITEXT000006070721>.
4. *Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 July 2013)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>.
5. *Карабань В. Я.* Тлумачення актів цивільного законодавства України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / В. Я. Карабань — О., 2007. — 20 с.
6. *Давид Р.* Основные правовые системы современности / Р. Давид. — М. : Прогресс, 1988. — 496 с.
7. *Spanish Civil Code*. — Ministerio de Justicia. — 2009 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Spanish_Civil_Code_\(C%C3%B3digo_Civil\)%5B1%5D.pdf](http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Spanish_Civil_Code_(C%C3%B3digo_Civil)%5B1%5D.pdf).
8. *Law No. 89/2012 Coll. Civil Code (Valid from January 1, 2014)*. — Czech Legislation [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb>.
9. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «Автосервіс» щодо офіційного тлумачення положень статей 177, 760, частини другої статті 777 Цивільного кодексу України (справа про переважне право наймача на придбання військового майна) від 10 грудня 2009 р. № 31-рп/2009* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v031p710-09>.
10. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю «Міжнародний фінансово-правовий консалтинг» про офіційне тлумачення частини третьої статті 99 Цивільного кодексу України від 12 січня 2010 р. № 1-рп/2010* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-10>.
11. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «Науково-виробнича фірма «VD MAIS» щодо офіційного тлумачення положень статті 786 Цивільного кодексу України від Злипня 2012 р. № 14-рп/2012* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-12>.
12. *Albert Tate Jr.* Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law (Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif) / Albert Tate Jr. (2d ed.) by Francois Gény ; translated into English by the Louisiana State Law Institute, with a critical introduction by Jaro Mayda // *Louisiana Law Review*. — 1965. — Vol. 25, № 2. — P. 577–588.
13. *Цвайгерт К.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М. : Междунар. отношения, 1998. — Т. 1 : Основы. — 480 с.
14. *Remus Titiriga*. The «Jurisprudence of Interests» (Interessenjurisprudenz) from Germany: History, Accomplishments, Evaluation // *International Journal of Law, Language and Discourse*. — 2013. — Vol. 3.1. — P. 55–78.
15. *Reimann M.* Introduction to German Law / M. Reimann, J. Zekoll. — The Hague : Kluwer Law International, 2005. — 480 p.

Діковська І. А. Тлумачення цивільно-правових норм: підходи окремих правових систем

Анотація. У статті аналізуються доктринальні та законодавчі підходи до тлумачення цивільно-правових норм у окремих країнах. Зокрема, розглянуті методи: екзегетичний, «вільного наукового дослідження», «пом'якшення текстів», «юриспруденції інтересів», «юриспруденції цінностей».

Ключові слова: тлумачення цивільно-правових норм, екзегетичний метод тлумачення, метод «вільного наукового дослідження», метод «юриспруденції інтересів».

Диковская И. А. Толкование гражданско-правовых норм: подходы отдельных правовых систем

Анотация. В статье анализируются доктринальные и законодательные подходы к толкованию гражданско-правовых норм в отдельных странах. В частности, рассмотрены методы: экзегетический, «свободного научного исследования», «смягчения текстов», «юриспруденции интересов», «юриспруденции ценностей».

Ключевые слова: толкование гражданско-правовых норм, экзегетический метод толкования, метод «свободного научного исследования», метод «юриспруденции интересов».

Dikovska I. Interpretation of Civil Law Rules: the Approaches of Some Legal Systems

Summary. The article analyzes the doctrinal and legislative approaches to the interpretation of civil law rules in some countries. In particular, the exegetic, «free scientific research», «softening of texts», «jurisprudence of interests», «jurisprudence of values» methods have been examined.

Key words: interpretation of civil law rules, exegetic method, the method of «free scientific research», the method of «jurisprudence of interests».

ПРОБЛЕМИ ВИОКРЕМЛЕННЯ ПРИНЦИПІВ ПРАВОЗАСТОСОВНОГО ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

О. КАПЛІНА
*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри кримінального процесу
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Тлумачити норми кримінального процесуального права неможливо не спираючись на певні принципи, якими мають керуватися суб'єкти, які здійснюють тлумачення. Проте саме проблема принципів тлумачення є практично не дослідженою в юридичній літературі. Тривалий час у радянській правовій доктрині найважливішим принципом наукового пізнання проголошувалася суворая законність, що розглядалася в єдності з принципом пролетарської партійності [1, с. 169; 2, с. 468].

Усвідомлюючи той факт, що багато методологічних підходів, пронизаних ідеологією, є зараз неприйнятними, що неприпустимо тлумачити норми права тільки з позиції ідеології, бачити в них лише інструмент державної влади й вираження державної волі, вчені, однак, намагалися звертатися до принципів тлумачення норм права. Це Д. Бараташвілі, Д. Гаврилов, В. Карташов, І. Лукашук, О. Лукашук, О. Петрушев, П. Рабінович, Л. Соцуро, Ю. Тодика, С. Федик, Т. Хабрієва, О. Черданцев, П. Елькінд, але цю тему у роботах учених висвітлено недостатньо, залишається багато дискусійних питань. Саме тому метою цієї статті є дослідження принципів тлумачення норм права, формулювання їх визначення, обґрунтування необхідності виокремлення принципів тлумачення саме норм кримінального процесуального права.

Вітчизняна й зарубіжна юридична наука відрізняє, розробляє й вивчає принципи найрізноманітніших правових явищ. Принципи ж тлумачення норм права є найменш вивченими, тому й бракує єдності поглядів учених на їх поняття, зміст, кількість, форму вираження й закріплення. Разом із тим аналіз навіть цієї нечисленної юридичної літератури, незважаючи на різноманіття підходів і явний брак домінуючих точок зору, дозволяє вказати на тенденції, що намітилися, і згрупувати точки зору, виділивши в них інтеграційні риси.

Так, одна група вчених (О. Черданцев, Є. Васьковський [3, с. 260–263; 4, с. 104–106]) вважали, що до принципів тлумачення норм права слід віднести принципи-ідеї. Вони не повинні збігатися з принципами права, можуть не відбиватися в нормах права, проте мають становити так звану «ідеологію тлумачення».

Деякі науковці (Х. Гаджиєв, Н. Гранат, О. Колесникова, М. Тимофеев [5, с. 84; 6, с. 16–17]) стоять на позиції, що принципи права є водночас і принципами тлумачення. Існує також думка (І. Лукашук, О. Лукашук [7, с. 45–50]), що принципами тлумачення можна вважати деякі правила тлумачення. Дехто з правознавців (Л. Соцуро, Т. Хабрієва, П. Елькінд [8, с. 33; 9, с. 50–67; 10, с. 132]), вирізняючи принципи тлумачення, не акцентує уваги на тому, чи мають вони бути закріплені в нормах права, чи досить сформулювати їх як ідеї, якими слід керуватися у правотлумачній діяльності. У юридичних джерелах висловлена також думка (В. Петрушев [11, с. 78]), що тлумаченню мають бути властиві свої, особисті принципи, деякі з яких можуть все ж таки знайти своє закріплення в чинному законодавстві. Існує також точка зору (Д. Бараташвілі, Д. Гаврилов, Ю. Тодика, [12, с. 70, 81, 86; 13, с. 124; 14, с. 80–81]), що основними засадами тлумачення норм права слід розглядати і принципи позитивного права, і специфічні принципи тлумачення.

Осмислення наведеної поліваріативності підходів учених дозволяє сформулювати власну позицію стосовно порушеного питання. Важливим визначальним моментом при виокремленні принципів тлумачення, безумовно, є вид тлумачення, оскільки саме видова різноманітність окреслює повноваження суб'єктів тлумачення, акти, що приймаються ними, та їх юридичну силу. Принципи, якими зобов'язаний керуватися суб'єкт правозастосовного тлумачення, відрізнятимуться від принципів неофіційного компетентного тлумачення. Суб'єкт же повсякденного, звичайного тлумачення може взагалі бути необізнаним щодо існування основних засад цієї діяльності. Відрізнятимуться й правові наслідки недотримання принципів при здійсненні тлумачення норм права різними суб'єктами.

Якщо вести мову про принципи правозастосовного тлумачення норм кримінального процесуального права, то можна стверджувати, що цей процес безпосередньо пов'язаний із процесом правозастосування. У ході правозастосування суб'єкт вимушений звертатися спочатку до фактичних обставин, потім до юридичних норм. Виникнення нових фактичних обставин примушує знову приділяти увагу нормі права та її тлумаченню. Як бачимо, правозастосовне тлумачення норм кримінального процесуального права є невід'ємною складовою діяльності органів держави. Ось чому ця діяльність повинна виконуватися згідно з принципами, що закріплюють початкові, основні правові положення, які формують призначення кримінального судочинства й побудову всіх його стадій, інститутів та окремих проваджень, тобто здійснюються на підставі *принципів (загальних засад) кримінального процесу*. Як підкреслив В. Маляренко, саме принципи кримінального процесу «є гарантією додержання прав і законних інтересів особи при провадженні у кримінальній справі; є юридичною базою для тлумачення конкретних кримінально-процесуальних норм, а також для вирішення всіх суперечностей, які виникають у ході кримінально-процесуальної діяльності» [15, с. 29].

Нормативність — властивість, притаманна принципам права. Жодна наукова ідея, що не дістала закріплення в законі, не може вважатися правовим прин-

ципом, оскільки не в змозі регулювати правові дії і правові відносини [16, с. 261; 17, с. 34; 18, с. 9; 19, с. 20; 20, с. 100]. Саме ця іманентність принципів забезпечує їх регулятивний вплив на суб'єктів правозастосовного тлумачення. У разі виникнення незрозумілості або сумнівів щодо змісту норми кримінального процесуального права, останню належить тлумачити правозастосувачем із використанням способів тлумачення крізь призму нормативного змісту тих чи інших принципів кримінального судочинства, які набувають коригуючого, спрямовуючого значення. Принципи галузі ніби «трансляють» свої головні, істотні риси і справляють регламентуючий, інформаційний та орієнтуючий вплив на розумові операції, що здійснюються суб'єктом, який тлумачить норму права, що, зрештою, підвищує результативність тлумачення, допомагає відрізнити способи пошуків правильного рішення. Результати пізнаного смислу норми права висловлюються в акті тлумачення й оцінюються, в тому числі й із позицій дотримання принципів кримінального процесу.

У той же час принципи кримінального процесуального права, що враховуються суб'єктом, своїм змістом повністю не охоплюють саму «технологію» тлумачення норм кримінального процесуального права, його механізм. Усвідомлюючи цей факт, ми дотримуємося точки зору щодо необхідності виокремлення власних принципів тлумачення норм права, які не повинні бути аналогом, точною копією принципів (загальних засад) кримінального провадження (ст. 7 КПК України), а покликані характеризувати правотлумачну діяльність як процес пізнання, містити найзагальніші вимоги, що пред'являються до цього процесу. Оскільки розумово-правотлумачний процес багато в чому є творчим, знання і вміння оперування власними принципами тлумачення норм права дозволить особі уникнути суб'єктивізму, правильно й адекватно з'ясувати той смисл, який вклав законодавець у норму права. Проте уразливим моментом у викладеній позиції, наріжним каменем проблеми, пов'язаної з формулюванням таких власних принципів тлумачення норм права, є брак їх чіткого законодавчого закріплення. Утім О. Черданцев вважає, що саме власні принципи тлумачення не повинні не тільки збігатися з принципами права і тим більше окремих галузей та інститутів, а й взагалі бути закріпленими в нормах права. Їх потрібно позиціонувати як основні ідеї, цінності, що становлять ідеологію тлумачення, та відносити до них безсторонність, обґрунтованість висновків, всебічність, об'єктивність, одноманітність, стабільність права, визначеність [4, с. 104–106]. Є. Васьковський, також дотримуючись думки про принципи-ідеї, сформулював три основних принципи («правила», «припущення») тлумачення норм права: справедливість, доцільність і милосердя (гуманізм) [3, с. 260–263].

В. Петрушев пропонує керуватися лише «основними» принципами тлумачення норм права — об'єктивністю, всебічністю, законністю, обґрунтованістю й одноманітністю тлумачення [11, с. 82, 21, с. 4–9]. Ю. Тодика до головних засад тлумачення норм права відносить демократизм, науковість, точність, ясність, єдність теорії і практики [14, с. 80–86]. Аналогічні принципи, але неофіційного тлумачення норм права, вирізняє Л. Соцуро [8, с. 33]. П. Елькінд пропонує принципом тлумачення норм кримінального процесуального права вважати адекватність [10, с. 132].

Т. Хабрієва виділяє такі принципи тлумачення, як визнання самодостатності Конституції, справедливість, юридична рівність, гарантованість державою прав та свобод людини і громадянина, пріоритетність прав та свобод людини і

громадянина, пріоритетність норм міжнародного права, використання всього спектра відомих науці і практиці прийомів та способів тлумачення [9, с. 50–67].

Специфічними, самостійними принципами правозастосовного тлумачення, похідними від принципів правозастосування й залежними від загальних принципів права Д. Гаврилов визнає законність, об'єктивність, безсторонність, повноту використання прийомів і способів тлумачення, гуманізм, формалізованість, ясність, переконливість, обґрунтованість, відповідальність за його правильне здійснення [13, с. 125–126].

Д. Бараташвілі, В. Карташов висловлюють думки про те, щоб принципами тлумачення, крім принципів права, вважати доктринальні принципи як початкові юридичні ідеї (ідеали, положення), що мають становити частину наукової правосвідомості й виступати обґрунтованими орієнтирами у процесі правової регламентації суспільних відносин, як-от: науковість, гуманізм, справедливість, доцільність, істинність, оперативність, ретроактивний ефект, повнота і всебічність, бездоганність. Зовнішньою формою їх закріплення можуть бути праці вчених-юристів (наукові коментарі до законів, дисертації, монографії, статті тощо). На думку деяких науковців, можна виокремити практико-прикладні принципи, які акумулюють найбільш цінні й прогресивні фрагменти правороз'яснювальної діяльності, що знаходять свій вияв в інтерпретаційних і правозастосовних актах. Це можуть бути принципи системності, правової стабільності, мотивованості, одноманітного роз'яснення правових розпоряджень, спокутування провини та ін. [12, с. 155–157; 22, с. 386].

Х. Гаджиєв висловлює таку точку зору: оскільки принципи тлумачення не мають чіткого нормативного закріплення, при здійсненні тлумачення норм права інтерпретаторові належить керуватися загальноправовими принципами. Разом із тим, з огляду на досвід юристів США, слід вважати принципами тлумачення й деякі «правила», що вирізняються ними: одноманітність, прагматичність тлумачення, врахування змін у політиці та ін. [5, с. 84].

Своєрідний підхід до проблеми принципів тлумачення норм права можна спостерігати, коли йдеться про принципи з'ясування смислу норм міжнародного права. Їх тлумачення з поглибленням міжнародних зв'язків, розширенням міждержавної співпраці у сфері боротьби зі злочинністю, збільшенням кількості договорів про правову допомогу та правові відносини між країнами останнім часом набуває дедалі більшого значення. Норми міжнародних договорів часто є аж надто загальними, недостатньо визначеними і це ускладнює їх реалізацію й викликає необхідність тлумачення у процесі застосування. Проблеми виникають також у зв'язку з тим, що деякі договори складаються декількома мовами, що часом потребує встановлення семантичної адекватності тих чи інших термінів. Специфічність об'єкта тлумачення накладає свій відбиток на принципи, що їх виокремлюють у юридичних джерелах. До таких пропонується віднести сумлінність, ефективність, правомірність, єдність тлумачення, повагу до прав суб'єктів [7, с. 45–50, 23, с. 151], динамізм [24, с. 36–39], еволютивність [25, с. 11], рівну достовірність текстів договорів, автентичність яких установленно різними мовами, максимальне використання різномовних текстів договору при тлумаченні, встановлення єдиного смислу, закріпленого у текстах різними мовами [26, с. 175, 27, с. 119], надання термінам звичного значення у світлі об'єкта й мети договору [28, с. 283], пропорційність тлумачення, забезпечення певної свободи національного розсуду, автономність [29, с. 24–25].

Проблема принципів тлумачення норм права існує й в юриспруденції країн Західної Європи. Зокрема, Ж.-Л. Бержель описує такі принципи тлумачення, як свобода волі, превалювання духу закону над буквою, тлумачення термінів згідно з характером договору, встановлення мети акта, неприпустимість зміни у процесі тлумачення норми права. Причому всі вони знайшли своє закріплення в галузевому законодавстві Франції [30, с. 434–438]. У Великобританії судді вдаються до допомоги особливих канонів і презумпцій, вироблених судовою практикою, які розглядаються як принципи судового тлумачення. До найпоширеніших первинних положень, що трапляються у практиці англійських судів, належать презумпції: а) заборони фундаментальних змін загального права; б) проти встановлення кримінальної відповідальності без провини; в) проти позбавлення власності або втручання в законні суб'єктивні права громадян; г) проти звуження юрисдикції суду та ін. [31, с. 139–158].

Аналіз пропозицій різних учених дозволяє констатувати, що не всі принципи, що ними виокремлюються, можна сприйняти як основні засади тлумачення норм права. Деякі з них є правилами окремих способів тлумачення і можуть бути властиві лише окремій галузі права, служити основними засадами тлумачення норм інших галузей права, інші охоплюються змістом принципів права, що переконує в недоцільності їх дублювання й виокремлення як самостійні принципи тлумачення норм права. Наприклад, принцип законності, запропонований як основна засада процесу тлумачення [32, с. 410; 13, с. 135–136; 11, с. 85], є загальноправовим. Його зміст у кримінальному судочинстві визначається низкою положень, суть яких полягає в тому, що під час кримінального провадження суд, слідчий, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно дотримуватися вимог Конституції України, Кримінального процесуального кодексу України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, інших актів законодавства (ст. 9 КПК України). Будучи універсальним і комплексним, цей принцип пронизує зміст усіх інститутів і норм кримінального процесуального права, весь правозастосовний процес [18, с. 44–49; 33, с. 16–17; 34, с. 8]. Він зобов'язує органи держави, які ведуть кримінальний процес, правильно застосовувати закон, неухильно дотримуватися встановленого законом порядку кримінального провадження, здійснювати процесуальні дії на законних підставах, у передбаченій законом процесуальній формі, у межах повноважень, наданих їм законом, обґрунтовувати свої рішення на безпосередньо досліджених відповідних фактичних даних і нормах матеріального й процесуального права. Будь-яке порушення вимог кримінального процесуального закону чи встановленої ним процесуальної форми провадження, порушення або незабезпечення прав та свобод учасників процесу неминує підривати ідею єдності законності, вказує на незаконність дій та рішень.

Тлумачення, виконуючи пізнавальну функцію, зумовлену гносеологічною його природою, озброює правозастосовників сукупністю способів, за допомогою яких з'ясовується зміст норми права, що вклав у неї законодавець, забезпечує правильність і точність передачі державної волі, вираженої в нормах права. Це, у свою чергу, сприяє винесенню законного й обґрунтованого правозастосовного акта і доводить законність самої діяльності державних органів, що ведуть кримінальний процес.

Крім того, тлумачення, що знайшло своє закріплення в мотивувальній частині ухвалюваного у кримінальному провадженні рішення, показує, наскільки правильно правозастосувач зрозумів смисл уживаних норм і чи правильно дано ним оцінку фактичним обставинам справи. Тлумачення, що служить юридичною аргументацією, одночасно виступає важливим засобом контролю за правильністю застосування норми матеріального чи процесуального права й засобом переконання заінтересованих осіб у законності винесеного рішення або здійсненої процесуальної чи слідчої (розшукової), або негласної слідчої (розшукової) дії.

Таким чином, забезпечення законності правозастосовної діяльності неможливе без належного тлумачення норм кримінального процесуального права. А це, у свою чергу, зумовлює той факт, що принцип законності у кримінальному процесі включає необхідність законності правотлумачної діяльності суб'єкта правозастосування. Цілком очевидно, що, вирізняючи основні засади тлумачення, є сенс зупинитися на принципах, що мають універсальний (загальноправовий або міжгалузевий) характер. Утім оскільки такий підхід значно виходить за рамки цієї статті, обмежимося лише виокремленням і розглядом принципів, які можна покласти в підґрунтя тлумачення саме норм кримінального процесуального права. З нашого погляду, до принципів тлумачення норм кримінального процесуального права як діяльності, яка передує процесу правозастосування й супроводжує його, слід віднести принципи *об'єктивності, неприпустимості зловживання правом, повноти використання способів тлумачення, одноманітності*.

Усі ці принципи, як вбачається, повинні характеризувати інструментальний бік тлумачення. Вони не протиставляються принципам кримінального провадження, а, навпаки, у сукупності з ними покликані впливати на свідомість, волю, практичну діяльність суб'єктів тлумачення і сприяють розкриттю дійсного смислу норм кримінального процесуального права.

Указаний підхід дозволяє визначити принципи правозастосовного тлумачення як *найбільш загальні основні керівні засади, що справляють організуючий, орієнтуючий та інформаційний вплив на перебіг розумових операцій, які обумовлюють процес тлумачення норм кримінального процесуального права, що в остаточному підсумку забезпечує адекватне розкриття смислу норми права, ефективність правотлумачної діяльності й подальшого правозастосовного процесу*.

На процес тлумачення норм права, як вбачається, чинять вплив і деякі інші орієнтири, якими керуються суб'єкти тлумачення і які можна розглядати також як принципи правотлумачної практики. Оскільки вони не закріплені в нормах права, а виступають, швидше, етичними ідеями, знаходячи своє відбиття у працях учених, вважаємо є сенс, приєднатися до точки зору Д. Бараташвілі [12, с. 71–72] та іменувати їх *доктринальними принципами тлумачення*. До їх числа слід віднести такі принципи, як науковість тлумачення, єдність теорії і практики, гуманізм, справедливість [12, с. 74; 13, с. 126, 129–131; 14, с. 83–85].

У зв'язку з тим, що критерієм виокремлення принципів тлумачення в нашому дослідженні є об'єкт і специфічний суб'єкт останнього, це накладає свій відбиток на систему виділених принципів. Якщо йтиметься про тлумачення норм міжнародного права й міжнародних договорів, норм вітчизняного цивільного права й цивільних договорів, норм національного конституційного права та інших, то й принципи їх тлумачення відповідатимуть об'єкту тлумачення. Саме

з цієї позиції підходять до формулювання принципів тлумачення І. Лукашук, О. Лукашук, П. Рабінович, С. Федик, С. Шевчук [7, с. 45–50; 29, с. 24–25; 35, с. 83–100], розробники Цивільного кодексу України (ст. 213).

Ведучи мову про правозастосовне тлумачення норм кримінального процесуального права, слід зазначити, що окремі найбільш важливі універсальні положення процесу тлумачення повинні знайти своє законодавче закріплення. Не маючи у своєму розпорядженні науково обґрунтованих найбільш загальних формалізованих рекомендацій щодо правотлумачної діяльності, її суб'єкти відчують значну складність. Особливо ця проблема виявляється в умовах сьогодення, коли деідеологізація науки, плюралізм наукового пізнання, постійні правові реформаційні процеси призвели до відсутності уніфікації в розумінні права, принципу верховенства права, що, у свою чергу, породжує розмаїття поглядів учених і практиків на сам процес тлумачення, і, зрештою, на правильність добутого смислу норми права, її подальше застосування.

За підсумками дослідження можна сформулювати такі висновки. Проблема принципів правозастосовного тлумачення норм права належить до найменш вивчених і недостатньо розроблених і в теорії права, і в теорії кримінального процесу.

Правозастосовне тлумачення норм кримінального процесуального права є невід'ємною складовою діяльності органів держави. Ця діяльність має відповідати принципам, які закріплюють первинні, основні правові положення, що окреслюють завдання кримінального провадження й побудову всіх його стадій, інститутів, окремих проваджень, тобто на підставі принципів кримінального провадження. Виступаючи як загальні, початкові нормативно-керівні засади, що визначають природу кримінального процесу, його соціальну суть, принципи служать найважливішим орієнтиром при здійсненні правозастосовного тлумачення його норм.

Разом із тим принципи кримінального процесуального права, що враховуються суб'єктом тлумачення, своїм змістом повністю не охоплюють саму «технологію», інструментальний бік тлумачення норм кримінального процесуального права, його механізм. Це викликає необхідність вирішення власних принципів розумово-правотлумачної діяльності. Вони не протиставляються принципам кримінального процесу, не повинні бути аналогом, точною їх копією, а покликані характеризувати правотлумачну діяльність як процес пізнання, містити найбільш загальні вимоги, що пред'являються до відправлення цього процесу і в сукупності з основними засадами кримінальної процесуальної діяльності покликані впливати на свідомість, волю суб'єктів тлумачення, сприяти розкриттю дійсного смислу норм кримінального процесуального права.

До власних принципів правозастосовного тлумачення норм кримінального процесуального права можна віднести об'єктивність, неприпустимість зловживання правом при тлумаченні, повноту використання способів тлумачення, одноманітність тлумачення. Усі вони повинні знайти законодавче закріплення в кримінальному процесуальному законодавстві або в Законі України «Про нормативні правові акти».

Крім того, можна виділити доктринальні принципи тлумачення, які можуть і не бути закріплені в нормах права, становити етико-моральні ідеї, міститися в роботах учених, але також впливати на процес тлумачення норм права. До них

можна віднести науковість тлумачення, єдність теорії і практики, гуманізм та справедливість.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Алексеев С. С.* Проблемы теории права : курс лекций : в 2 т. / С. С. Алексеев. — Свердловск, 1973. — Т. 2 : Нормативные юридические акты, применение права, юридическая наука (правоведение). — 401 с.
2. *Марксистско-ленинская общая теория государства и права* : в 4 т. — М. : Юрид. лит., 1973. — Т. 4 : Социалистическое право. — 648 с.
3. *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковский. — М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 508 с.
4. *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора : учеб. пособие для вузов / А. Ф. Черданцев. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — 381 с.
5. *Гаджиев Х. И.* Толкование права и закона / Х. И. Гаджиев. — М. : Медпрактика, 2000. — 96 с.
6. *Гранат Н. Л.* Толкование норм права в правоприменительной деятельности органов внутренних дел : учеб. пособие / Н. Л. Гранат, О. М. Колесникова, М. С. Тимофеев. — М. : Акад. МВД СССР, 1991. — 83 с.
7. *Лукашук И. И.* Толкование норм международного права / И. И. Лукашук, О. И. Лукашук. — М. : NOTA BENE, 2002. — 160 с.
8. *Соцура Л. В.* Неофициальное толкование норм права : учеб. пособие / Л. В. Соцура. — М. : Профобразование, 2000. — 112 с.
9. *Хабриева Т. Я.* Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / Т. Я. Хабриева. — М., 1997. — 369 с.
10. *Элькинд П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права / П. С. Элькинд. — М. : Юрид. лит., 1967. — 192 с.
11. *Петрушев В. А.* Проблемы толкования права в Российской Федерации / В. А. Петрушев. — М. : РПА МЮ РФ, 2003. — 362 с.
12. *Бараташвили Д. Т.* Принципы официального юридического толкования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. — Ярославль, 2005 — 181 с.
13. *Гаврилов Д. А.* Правоприменительное толкование : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. А. Гаврилов. — Саратов, 2000. — 235 с.
14. *Тодыка Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика : монография / Ю. Н. Тодыка. — Харьков : Факт, 2001. — 328 с.
15. *Маляренко В. Т.* Конституційні засади кримінального судочинства / В. Т. Маляренко. — К. : Юрінком Інтер, 1999. — 320 с.
16. *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1981. — Т. 1. — 360 с.
17. *Вопленко Н. Н.* Сущность, принципы и функции права : учеб. пособие / Н. Н. Вопленко. — Волгоград : Изд-во Волгоград ГУ, 1998. — 53 с.
18. *Добровольская Т. Н.* Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики) / Т. Н. Добровольская. — М. : Юрид. лит., 1971. — 200 с.
19. *Захаров А. Л.* Межотраслевые принципы права : монография / А. Л. Захаров. — Самара : Самар. отд-ние Литфонда, 2005. — 238 с.
20. *Михеенко М.* Конституційні принципи кримінального процесу / М. Михеенко // Вісн. Акад. прав. наук України. — 1997. — № 2 (9). — С. 100–112.
21. *Петрушев В. А.* Принципы толкования права / В. А. Петрушев // Академ. юрид. журн. — 2001. — № 4. — С. 4–9.
22. *Карташов В. Н.* Теория правовой системы общества : учеб. пособие : в 2 т. / В. Н. Карташов. — Ярославль : ЯрГУ, 2005. — Т. 1. — 544 с.

23. *Международное право* : учебник / отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. — 2-е изд., доп. и перераб. — М. : Междунар. отношения, 1998. — 624 с.
24. *Гусейнов Л. Г.* Международная ответственность государства за нарушение прав человека / Л. Г. Гусейнов. — Киев : Ин-т государства и права НАН Украины, 2000. — 316 с.
25. *Алисевиц Е. С.* Толкование норм Конвенции Совета Европы о защите прав человека и основных свобод как правомочие Европейского суда по правам человека: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. С. Алисевиц. — М., 2006. — 147 с.
26. *Международное публичное право* : учебник / под ред. К. А. Бекашева. — М. : ПРОСПЕКТ, 1998. — 608 с.
27. *Бирюков П. Н.* Международное право : учеб. пособие / П. Н. Бирюков. — М. : Юристъ, 1998. — 416 с.
28. *Международное право* : учеб. для вузов / отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — 584 с.
29. *Рабінович П. М.* Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) / П. М. Рабінович, С. Є. Федик. — Л. : Астрон, 2004. — 124 с.
30. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права : пер с фр. / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В. И. Даниленко. — М. : NOTA BENE, 2000. — 576 с.
31. *Романов А. К.* Правовая система Англии : учеб. пособие / А. К. Романов. — М. : Дело, 2002. — 344 с.
32. *Абдулаев М. И.* Проблемы теории государства и права : учебник / М. И. Абдулаев, С. А. Комаров. — СПб. : Питер, 2003. — 576 с.
33. *Кобликов А. С.* Законность — конституционный принцип советского уголовного судопроизводства / А. С. Кобликов. — М. : Юрид. лит., 1979. — 197 с.
34. *Невзоров І. Л.* Принцип законності в правозастосувальній діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / І. Л. Невзоров. — Х., 2003. — 19 с.
35. *Шевчук С.* Порівняльне прецедентне право з прав людини / С. Шевчук. — К. : Реферат, 2002. — 344 с.

Капліна О. В. Проблеми виокремлення принципів правозастосовного тлумачення норм кримінального процесуального права

Анотація. Стаття присвячена розгляду актуальної для сучасної філософії права, теорії права, кримінального процесуального права, правозастосовної практики теми виокремлення принципів тлумачення норм права. Автором визначено поняття принципів правозастосовного тлумачення, правотлумачної діяльності, проаналізовано існуючі в науці точки зору вчених, виокремлено основні принципи тлумачення норм кримінального процесуального права.

Ключові слова: тлумачення норм права, принципи тлумачення норм кримінального процесуального права.

Каплина О. В. Проблемы выделения принципов правоприменительного толкования норм уголовного процессуального права

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению актуальной для современной философии права, теории права, уголовного процессуального права, правоприменительной практики темы выделения принципов толкования норм права. Автором определены понятия принципов правоприменительного толкования, правотолковательной деятельности, проанализированы существующие в науке точки зрения ученых, выделены основные принципы толкования норм уголовного процессуального права.

Ключевые слова: толкование норм права, принципы толкования норм уголовного процессуального права.

Kaplina O. Issues of Pointing Out the Law-Enforcement Interpretation of Criminal Procedure Rules

Summary. The article is devoted to consideration of actual for modern philosophy of law, theory of law, criminal judicial law, legal practice issue of selection of principles of interpretation of law rules. The concept of principles of interpretation, the points of view of scientists are analyzed, basic principles of interpretation of rules of criminal judicial law are selected.

Key words: interpretation of legal rules, principles of legal rules interpretation.

ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ

ДОГМАТИЧНЕ МИСЛЕННЯ¹

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



I. Щодо концепції правової догматики

Для того, щоб з'ясувати природу догматичних аргументів та їх роль у правовому дискурсі, необхідно знати, що мається на увазі під «правовою догматикою», або «юридичною догматикою». Це питання є далеким від ясності. Треба відзначити, що існує зростаюча кількість публікацій на цю тему, але загальноприйнятого розуміння правової догматики поки немає.

Якщо слідувати найбільш поширеній серед юристів термінології, «правова догматика», або «юридична догматика», розглядається як правова наука у вузькому і власному сенсі, якої насправді вони слідують. Ця правова наука у вузькому і власному сенсі являє собою суміш як мінімум трьох видів діяльності: (1) тієї, що описує чинне право, (2) тієї, що піддає його концептуальному і системному аналізу, і (3) тієї, що розробляє пропозиції відповідних рішень правових проблем. Як вбачається з цього, правова догматика є «багатовимірною дисципліною».

Відповідно до цих трьох видів діяльності можна виділити три аспекти: описово-емпіричний, логіко-аналітичний і нормативно-практичний. Існують різні способи здійснення діяльності у межах цих трьох вимірів. У контексті описово-емпіричного виміру можна виділити, зокрема, опис та прогнозування розвитку судової практики та визначення фактичної волі законодавця. Логіко-аналітичний аспект включає в себе як аналіз правових понять, так і виявлення логічних зв'язків між різними нормами і принципами. Нарешті, нормативно-практичний аспект використовується тими, хто вносить пропозиції щодо тлумачення норми або щодо створення нової норми чи нового інституту і виправдання їх, або тими, хто критикує правові рішення на підставі практичних недоліків і виробляє

¹ Alexy Robert. Dogmatic Reasoning, in A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. By Robert Alexy. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. — Oxford : Clarendon Press, 1989. P. 250–274 (xv, 295 p.).
Переклад з англійської К. Мандрикової та С. Погребняка (виноски не наводяться).

зустрічні пропозиції. Між трьома вимірами існують численні зв'язки. Отже, опис чинного права передбачає наявність особливого понятійного апарату. Логічний аналіз чинного права є неможливим за відсутності його опису; з метою вироблення пропозицій щодо норм і рішень потрібно мати глибокі знання про правову систему, оскільки вони повинні вписуватися в існуючу правову систему.

Основні положення правової догматики можуть знаходитися як у межах, так і поза межами цих вимірів. Розподіл уваги між ними залежить від практичних інтересів догматика, його або її освіти, розуміння правової теорії та особливостей галузі права, що аналізується. Наприклад, той, хто складає коментар для практиків, буде перш за все концентруватися на описі поточної практики судів, у той час як той, хто береться за з'ясування поняття «волевиявлення», швидше за все, приділятиме особливу увагу аналітичним міркуванням. Для того, хто вважає, що тільки воля законодавця утворює право у «строгому сенсі», загальні практичні аргументи відіграватимуть зовсім іншу роль, ніж для того, хто розуміє право передусім як раціональне впорядкування людського співіснування.

Окрім цієї доволі широкої концепції правової догматики, яка охоплює всю сферу правової науки у вузькому і власному сенсі, може бути знайдено низку обмежених розумінь. Особливий інтерес тут становитимуть вузькі концепції, які можуть бути охарактеризовані такими виразами, як «концептуальні», «логічні» та «системні». Якщо обирати більш барвисті характеристики цих вузьких концепцій догматики, то можна зустріти такі вирази, як «соціальна математика» юридичної догматики» або «апарат аргументації з абсолютною логічністю».

Догматика як соціальна математика у чистому вигляді присутня в юриспруденції понять XIX ст. Типовими для юриспруденції понять є, наприклад, зауваження Віндшейда: «По закінченні тлумачення залишається питання розвитку тих понять, які містяться в положеннях, вироблених у ході інтерпретації. Справжній сенс юридичного акта також міститься у цих поняттях, тобто в комбінації “смилових елементів”; питання полягає в розчленуванні поняття на складові частини і висвітленні “смилових елементів”, що містяться в них. У цьому напрямі можна піти довшим або коротшим шляхом; виявлені елементи можуть бути показані як поєднання простих елементів і т. ін. Сучасна юридична наука дотримується тенденції якнайдрібнішої реконструкції понять. І це є її заслугою. Не тільки справді повне розуміння закону, а й упевненість у його застосуванні залежать від вичерпного розуміння змісту понять, що містяться в правових положеннях... рішення є результатом розрахунку, в якому юридичні поняття є факторами; чим більш детермінованим є значення факторів, тим більш визначеним є результат розрахунку. Очевидно, що істинна система прав, внутрішня взаємопов'язаність її положень можуть бути виявлені лише шляхом повного розуміння правових понять».

Відповідно до цього існують три завдання догматики: 1) логічний аналіз правових понять; 2) уніфікація цього аналізу в систему і 3) застосування результатів цього аналізу для обґрунтування правових рішень.

Так, із часів Ієринга така програма завдань для юридичної догматики була предметом багатьох критичних зауважень. Найголовніше заперечення засноване на неможливості отримати будь-який новий нормативний висновок викорис-

товуючи тільки методи логічного аналізу та логічного висновку. Внаслідок цього використання аналізу понять як очевидного шляху логічного обґрунтування рішень і норм, які безпосередньо не впливають із закону, означає нехтування нормативними передумовами, необхідними для обґрунтування, що є власне логічним способом. Це те, що Ієринг має на увазі, коли він протестує проти «культу логіки, яка спрямована на перетворення судової практики в математику права».

Той факт, що логічний аналіз чинного права не є достатнім сам по собі для обґрунтування норм і рішень, у жодному разі не означає відсутності необхідності у застосуванні понятійно-системних аргументів або не свідчить про його шкідливість для правового обґрунтування. Набагато імовірніше, що застосування понятійно-системних аргументів є необхідним і раціональним *у поєднанні* з іншими аргументами, зокрема, загального практичного міркування. Це не лише одне з найважливіших, а й одне з найскладніших завдань теорії юридичного дискурсу: визначення обмежень та виправданості використання понятійно-системної аргументації.

У світлі ідей, висунутих у цій книзі, ані застосування більш широкого підходу до юридичної догматики, зазначеного вище, ані вузьке розуміння, згадане нижче, не виглядає доцільним. У разі використання широкого підходу, який включає діяльність з опису норм, а також їх аналізу і проектування, кожен аргумент правового дискурсу був би догматичним. Занадто звуженим виявився би підхід, згідно з яким догматика зводиться лише до логічного аналізу правових норм. У такому разі догматичні аргументи зробили б доволі малий внесок в обґрунтування нормативних положень.

Для того щоб визначити, з якою позицією між цими двома крайніми точками зору було б правильно погодитись теорії юридичної догматичної аргументації для визначення поняття догматичного аргументу, слід з'ясувати, яким умовам повинна задовольняти ця теорія. Можна говорити про п'ять умов:

1. Оскільки правова догматика призначена забезпечувати основу для аргументів, у цьому контексті бажано розуміти термін «правова догматика» як сукупність не діяльності, а тверджень.

2. Ці твердження стосуються прийнятих норм і судової практики (*case law*), але не збігаються з описом прийнятих норм, або правил, або *ratio decidendi*, що міститься у судових рішеннях. У першому випадку догматика є не більш ніж кодифікацією; у другому вона буде вичерпана збірниками прецедентів. Це, звичайно, не означає, що твердження в юридичній догматиці не мають нічого спільного з юридичними правилами чи *ratio decidendi*. Суди можуть змінити догматичні твердження і самі брати участь у розробці догматики.

3. Твердження юридичної догматики узгоджено утворюють єдине ціле. Як цей узгоджений взаємозв'язок утворений, не можна, звичайно, легко визначити. Тут слід зауважити на трьох моментах: а) твердження не можуть суперечити один одному; б) ті самі юридичні поняття містяться в різних твердженнях і в) тією мірою, якою вони містять ті самі юридичні поняття, виникає сфера зв'язків між висновками, що ґрунтуються на цих поняттях. Звичайно, ці моменти стосуються лише особливо елементарних формальних відносин.

4. У будь-якій частині правової догматики твердження формуються, обґрунтовуються і випробовуються в межах інституційно організованої правової науки. Ця особливість, заснована на прагматиці суджень юридичної догматики,

порушує питання про те, що є найбільш важливою відмінністю між догматичними і загальними практичними твердженнями. Той факт, що догматика є інституційно організованою, породжує значне розширення дискусії щодо її часової шкали та її змісту. Що стосується часових рамок, висновки ранніх дискусій можуть бути ухвалені знову, перевірені досвідом, і, таким чином, відхилені або підтримані. Якщо йдеться про зміст, то наслідки одного рішення можна перевірити через звернення до рішень з інших питань. Крім того, інституціоналізація означає, що для заданих періодів часу основне ядро тверджень виступає як більш-менш беззаперечне. Це полегшує обговорення спірних питань. Переваги інституціоналізації будуть додатково обговорюватися в аспекті функцій догматики.

5. Юридична догматика має нормативний зміст. Її твердження можуть бути висунуті як аргументи для вирішення питань, на які неможливо відповісти із посиланням на емпіричні аргументи.

Беручи до уваги перелічені п'ять вимог, можливо дати таке визначення: юридична догматика (1) є вид тверджень, які (2) стосуються чинного права і судової практики права, але не є ідентичними з ними за описом, і (3) знаходяться з ними у взаємозв'язку, (4) створюються й обговорюються в межах інституційно організованої правової науки і (5) мають нормативний зміст. Це визначення залишає деякі питання відкритими. Ймовірно, найбільш важливе питання, що залишилося без відповіді, стосується видів тверджень, що належать до юридичної догматики.

II. Твердження юридичної догматики

Класифікація у цьому випадку виглядає грубо. Докладного і методологічного аналізу тверджень, які містяться в догматиці, ще нема. Отже, запропонована нами класифікація має дуже приблизний характер. Утім, ця класифікація має суттєвий характер у контексті скороченого дослідження, проведеного щодо ролі догматичних аргументів у правовому дискурсі.

1. *Визначення «справжніх правових понять»*, якщо використовувати слова Радбруха, традиційно лежить у центрі догматики. Класичні приклади справжніх правових понять містяться у договорах, адміністративних актах та актах самозахисту. Зміст цих понять залежить від норм, що регулюють спосіб набрання чинності договорами, застосування адміністративних актів, а також правові основи судових позовів про захист. Без таких норм ці правові поняття нічого б не означали. Отже, ці поняття належать не до грубих фактів, якщо використовувати вираз Сьорля, а до інституційних фактів, до фактів, які, подібно до гри в шахи, існують лише за умови існування кореспондуючих правил. Таке співвідношення власне правових понять із правовими нормами робить зрозумілим те, що прагнення змінити одне з цих понять тягне за собою і зміну норм, до яких вони належать; *а стан справ, які визначаються за допомогою одного з цих понять, які тим самим посилюються існуючими нормами, конституують ці поняття*. У такому сенсі справжні правові поняття мають нормативний зміст.

2. Немає жодних сумнівів у тому, що визначення справжніх правових понять належить до ряду інших тверджень юридичної догматики, проте залишається незрозумілим *визначення інших понять*, які містяться у правових нормах. До цих понять належать: «у здійсненні виконання» у параграфі 831, частині 1, пункті 1 Цивільного кодексу Німеччини, «підступний» у параграфі 211 Крими-

нального кодексу Німеччини і «послідовно забудована площа» у параграфі Німецького федерального будівельного кодексу. На перший погляд, очевидно, що такі поняття слід піддати інтерпретації, а не понятійно-системному аналізу в межах юридичної догматики. Проте такий поділ між інтерпретацією і догматикою не відповідає сьогоднішньому розумінню догматики. Визначення таких понять, про які згадувалось, відіграє значну роль у ній, часто в силу евфемістичної назви «теорії». Чотири традиційні теорії про концепцію «відбирання» у параграфі 242, розділу 1 Кримінального кодексу Німеччини показані за допомогою: теорії *apprehensio* (затримання), *contrectatio* (привласнення), *ablatio* (видалення) і *illatio* (виведення). Утім не кожний погодиться з тим, що будь-яке запропоноване або застосоване правило вживання слова при тлумаченні норми є твердженням, яке по праву належить юридичній догматичній догматиці. Якщо ж погодитись із таким твердженням, то формулювання низки правил слововживання, що застосовуються при обґрунтуванні судових рішень, доведеться розглядати як догматичні положення. Це підкреслює проблему, що постає ще більш різко при обговоренні подальших догматичних положень, а саме тих, які у багатьох випадках семантичної характеристики тверджень не указують, чи це твердження належить до догматики. У світлі цього важливе значення має прагматичний критерій, згадуваний вище: твердження є твердженням догматики, якщо воно пропонується уперед, застосовується або принаймні обговорюється в контексті інституційно організованої правової науки. Чотири визначення поняття «відбирання», відповідно до цього, без сумніву, є твердженнями догматики; правило, що вперше застосовується при інтерпретації нової норми, не є твердженням догматики. Це, звичайно, не означає, що твердження втрачає характер догматичного щоразу, коли воно використовується судом у процесі обґрунтування. У такому випадку суд використовує догматичне твердження. Саме для того, щоб мати можливість аналізувати такі випадки застосування, існує необхідність якомога точної концепції догматичного твердження.

3. Відмежування догматичних від недогматичних тверджень стає ще більш складним у зв'язку із твердженнями, які виражають норму, що не має законодавчого походження. Не існує жодних сумнівів, що такі норми, які не можуть бути виведені зі статутного права, також обговорюються як положення догматики. Досить згадати пропозицію Штауба щодо інституту позитивного порушення договору. Знову критерій відмежування тут перш за все прагматичного роду. Це залежить від того, чи застосовується або принаймні обговорюється це твердження в межах юридичної науки. У цьому сенсі Ройтляйтер рухається у правильному напрямі з подальшим критичним зауваженням: «Догматичними твердженнями є ті, що більшість юристів вважають правильними». Він просто йде занадто далеко, прирівнюючи поняття догматики до переважної думки. Для того щоб судження були догматичними, не слід, щоб більшість юристів вважали їх правильними; достатньо того, щоб вони відносили їх до догматики.

Емпіричне ретельне вивчення думки юристів, звичайно, є єдиним способом дізнатися, чи є твердження догматичним. Багато чого можна сказати і про можливість уведення критеріїв, які вчені-юристи можуть припустити. Важливим негативним критерієм (безумовно недійсним без винятку), здається, є такий: твердження не повинно суперечити чинній нормі. Одним із найбільш важливих позитивних критеріїв є те, що аргументи, які існують на користь твердження, повинні підтримуватися шляхом посилання на інші норми або твердження, які

вже визнані догматичними. Наступним позитивним критерієм, здається, є те, що твердження може бути сформульовано техніко-юридичною мовою. Бажано, хоча це й неможливо в цьому контексті, дослідити ці види критеріїв більш докладно. Вони, звичайно, відносно недостатньо визначені. Таким чином, наведений негативний критерій не виконується «без винятку». У широкому діапазоні випадків це залежить від реально існуючих переконань правознавців, чи визнане твердження як догматичне. Це також справедливо для решти класів догматичних положень, які будуть наведені нижче.

4. Наступна категорія догматичних положень складається з опису і позначень стану відносин, створення, припинення або збереження яких, як передбачається, є метою окремих норм або груп норм, а також визначення пріоритетних відносин між ними.

5. Формулювання принципів утворюють останній клас. Принципи є нормативними положеннями такого високого рівня узагальнення, що вони, як правило, не можуть застосовуватися без додавання нормативного посилання і підлягають обмеженню з урахуванням інших принципів. Замість того, щоб мати дискусію щодо нормативних тверджень, принципи також можуть бути наведені як опис стану справ, у яких вони добре реалізовані.

Класифікація положень догматики не формує теорію догматики. Проте така теорія припускає аналіз мови догматики, якщо вона не бажає спотворювати характер догматики як лінгвістичної діяльності. Першим кроком до такого аналізу є родова класифікація, наведена вище.

Наступними компонентами теорії догматики є аналіз застосування догматичних положень при обґрунтуванні й перевірці догматичних положень і теорія функцій догматики. У межах теорії догматики можна вирізнити чотири складові: 1) теорія мови догматики; 2) застосування положень догматики; 3) обґрунтування цих положень і 4) функції догматики.

III. Застосування догматичних тверджень

Є приклади застосування догматичних положень, в яких обґрунтоване твердження впливає з цих догматичних положень тільки разом із емпіричними твердженнями або шляхом додавання формулювань норм позитивного права. Є також випадки, в яких необхідні подальші нормативні посилання. У першому з них можливо говорити *про чисте догматичне обґрунтування, у другому — про нечисте догматичне обґрунтування*. У випадку нечистих догматичних обґрунтувань існує необхідність для загальних практичних аргументів на додаток до догматичних аргументів.

Крім того, догматичні положення можуть бути використані без подальшого обґрунтування. Але також можливо використовувати їх для обґрунтування і водночас для надання додаткових аргументів на їх користь. У першому випадку йдеться про застосування без обґрунтування, а у другому — про обґрунтоване застосування догматичних положень.

Застосування без обґрунтування має місце насамперед тоді, коли догматичне твердження зазвичай не оспорується, тобто здійснюється відповідно до переважної думки. Це не є обов'язковою ознакою некритичного ставлення. Як буде показано нижче, є раціональні підстави розглядати застосування без обґрунтування як певною мірою обов'язкове. Це видається необхідним у роботах із критичної догматики. Жоден догматик не може обґрунтувати всі догматичні поло-

ження, на які спирається обговорення тієї чи іншої проблеми. Такому процесу не буде кінця. Це є наслідком загального твердження, відповідно до якого ніхто не може одночасно виправдати все.

IV. Обґрунтування і перевірка догматичних тверджень

Догматичні твердження не можуть бути логічно виведені з формулювань правових норм, чия дійсність презюмується ними самими, або з емпіричних заяв самостійно. У першому випадку вони не будуть мати більшого нормативного змісту порівняно із чинною нормою; ніщо не може бути виправдане з їх допомогою, вони не можуть також бути виправдані через чинні норми. Якщо вони виведені виключно з емпіричних тверджень, вони не матимуть нормативного змісту взагалі. Це не означає, що чинні норми і факти не відіграють ролі в обґрунтуванні догматичних положень, а зовсім навпаки. Але це означає, що вони не є самостійними у цьому випадку.

З іншого боку, можливо використовувати догматичні положення в обґрунтуванні подальших догматичних положень, а ті, у свою чергу, також мають бути обґрунтовані і т. д. У якийсь момент догматичні твердження закінчуються, а інші аргументи стануть необхідними. Якщо догматичні положення мають нормативний зміст, то іншими аргументами можуть бути тільки загальні практичні аргументи.

Слід провести розмежування між обґрунтуванням і перевіркою догматичних положень. Обґрунтування відбувається, коли твердження є похідним від інших тверджень; перевірка має місце, коли постає питання, чи твердження, які виводяться із твердження, самі по собі або разом з іншими твердженнями, є прийнятними. І перевірка, і обґрунтування догматичних положень приведуть до загальних практичних тверджень; твердження, які застосовуються для спростування догматичних положень, так само як і для виправдання, у свою чергу, не завжди можуть бути догматичними. Таким чином, загальні практичні твердження, є основою як обґрунтування, так і перевірки догматичних положень.

Кожне твердження, яке має нормативний зміст, потенційно може бути виправданим або перевіреним за допомогою загальних практичних тверджень. Особливість догматичних тверджень полягає в тому, що вони можуть бути системно перевірені. Можна виокремити два режими системної перевірки. Перший стосується логічних зв'язків між твердженнями, що перевіряється, і рештою догматичних тверджень, а також формулюваннями правових норм, чинність яких припускається (*системна перевірка у вузькому сенсі*). Другий режим стосується відносин, що регулюються, виходячи із загальної практичної точки зору як тих особливих нормативних положень, що обґрунтовані за допомогою догматичного твердження, яке проходить перевірку, так і тих особливих нормативних положень, що обґрунтовані за допомогою інших догм і формулювань правових норм відповідно (*системна перевірка в широкому сенсі*).

Найбільш важливим критерієм системної перевірки у вузькому сенсі є те, чи вписуються твердження, які перевіряються, без суперечності у ряд вже прийнятих догматичних положень і чинних правових норм. Звичайно, можлива й ситуація, коли при суперечності догматичного положення іншим догматичним положенням останні (а не те, що перевіряється) будуть скасовані.

У разі системної перевірки у широкому сенсі постає питання про те, чи можуть рішення або особливі нормативні положення, які обґрунтовані за допо-

могою догматичного твердження, що перевіряється, бути обґрунтованими відповідно до норм загального практичного дискурсу відносно особливих нормативних тверджень, які виправдані за допомогою всіх інших догматичних положень та формулювань правових норм. Ця перевірка може мати такий вигляд: є вибір між догматичними твердженнями S_1 і S_2 . Можливо обґрунтувати особливе нормативне положення N_1 за допомогою S_1 , разом із низкою вже визнаних подальших посилянь різних видів, від яких неможливо відмовитись; те саме з N_2 за допомогою S_2 . Взяті самі по собі і N_1 , і N_2 є дискурсивно придатними. Учасники дискусії схиляються на користь N_1 . Тепер, однак, з'ясовується, що раніше прийняте догматичне твердження S_3 приводить до N_3 і тоді N_3 узгоджується з N_2 , але не з N_1 . «Неузгодженість» тут означає, що, на думку учасників дискусії, із загальних практичних міркувань не було виправданим проголосувати N_1 як рішення в одному випадку і все ж називати N_3 як рішення в іншій справі. У цій ситуації учасники дискурсу повинні, якщо вони хочуть продовжувати дотримуватися S_3 , відмовитися від N_1 і, таким чином, від догматичного положення S_1 , хоча, сам по собі N_1 , а не N_2 , був би вигідним для них. Цей приклад ілюструє, як загальні практичні основи прийняття рішень виходять із догматики. Результат в одному випадку можна порівняти із багатьма іншими.

Таким чином, юридична догматика робить можливим щось на зразок «контролю узгодженості» двома способами. Що стосується системної перевірки у більш вузькому сенсі, то можна запитати, чи узгоджуються догматичні положення і формулювання правових норм логічно одне з одним, і — в більш широкому сенсі — чи узгоджені рішення, обґрунтовані за допомогою догматичних положень і правових норм, одне з одним із загальної практичної точки зору.

Виконання вимог системної перевірки у більш вузькому сенсі є необхідною, але не достатньою умовою для прийнятності догматичного твердження. Для цього потрібно, щоб ця перевірка перемогла системну перевірку в більш широкому сенсі. Це можливо, коли можна дати загальне практичне обґрунтування рішень, які можуть бути підтримані за їх допомогою відносно інших рішень, що підтримуються догматичними положеннями і формулюваннями правових норм. Звичайно догматичне мислення не може, таким чином, зводитися до загального практичного міркування, але загальна практична аргументація є наріжним каменем процесу доказування і спільно з ним є основою догматичного мислення.

Саме цей момент підкреслюється низкою сучасних учених. Ессер, наприклад, відзначає, що догматичне міркування є «абревіатурою аргументу від узгоджено прийнятної “справедливої” пропозиції із врегулювання конфліктів». Догматичний аргумент може функціонувати тільки в силу «раціональності» первісного змісту догми. Не може більше залишатися забороненою темою те, що кожне «догматичне» рішення ґрунтується на тих попередньо догматичних судженнях, які в остаточному підсумку обґрунтовують його. Віакер підкреслює, що аргументи догматики «принаймні, в сучасних суспільствах... виправдані через переконливість “міркувань” і запропонованих результатів». За Сімітісом, необхідно «ризикувати аргументативним обґрунтуванням результатів догматичної конструкції».

Залежність догматики від загального практичного міркування означає, що положення догматики жодною мірою не є незаперечними. Вони не є догмами у звичайному сенсі. Слідом за Поппером Ессер влучно називає їх гіпотезами і

«попередніми формулами». Бачоф говорить про «умовну природу істинності юридичних догм», Меєр-Кординг — про «практичні пропозиції для вирішення». Навіть після прийняття такої пропозиції «догматична розмова може початися заново».

Сказане щодо обґрунтування та перевірки догматичних положень можна резюмувати в таких правилах:

(J.10) Кожне догматичне твердження має бути виправдане шляхом звернення принаймні до одного загального практичного аргументу, коли він піддається сумніву.

(J.11) Кожне догматичне твердження має можливість протистояти системній перевірці в обох, вузькому і широкому, значеннях.

V. Функції догматики

Якщо це дійсно так, що тією мірою, якою догматичні судження логічно не впливають із формулювань чинних норм разом із емпіричними положеннями, вони можуть в остаточному підсумку бути обґрунтованими лише загальними практичними аргументами. У такому випадку виникає питання, чи має догматичне міркування сенс і якою мірою, або чи є воно необхідним більше за загальну практичну аргументацію. Чи можливо щось сказати з приводу того, що у правових обґрунтуваннях, окрім правових норм, емпіричних тверджень і деяких аргументів, які служать застосуванню цих норм, тільки загальні практичні аргументи мають значення? Для того, щоб відповісти на це запитання, слід більш системно дослідити функції юридичної догматики, які вже побіжно були згадані. Можна виділити принаймні шість функцій позитивного значення: 1) функцію стабілізації; 2) функцію контролю; 3) функцію тягаря зниження; 4) технічну функцію; 5) функцію контролю і 6) евристичну функцію.

1. *Функція стабілізації* здійснюється у тих конкретних рішеннях практичних питань, які можуть бути збережені й, таким чином, відтворені відповідно до вимог за допомогою догматичних положень. Це можливо тому, що правова догматика є частиною інституційного складу. У зв'язку з цим деякі способи прийняття рішення можуть існувати протягом тривалого часу. Ця точка зору має велике значення у світлі широкого кола дискурсивних можливостей. Якщо треба відновити дискусію з цього питання, така можливість виникне у будь-який момент, і кожен — не порушуючи правила правового і загального практичного дискурсу — може дійти різних результатів. Це б заходило у суперечність із принципом універсалізованості й, тим самим, з елементарним аспектом принципу справедливості. Таким чином, догматизація права, або щось на кшталт цього, з точки зору функції стабілізації, вимагає спільних практичних принципів.

Однак, це не означає, що прийняте догматичне твердження мусить строго зберігатися протягом необмеженого періоду часу. Але й виключається можливість безпідставної відмови від нього. Недостатньо того, щоб рівною мірою були гарні підстави як на користь нового рішення, так і для скасування старого. Підстави для нового рішення мають бути достатньо міцними, щоб виправдати не тільки нове рішення, а й розрив із традицією. Тому тут діє принцип інерції Перельмана. Той, хто висуває нове рішення, несе тягар доказування.

Це вказує на те, що стабілізаційний вплив юридичної догматики не повинен переоцінюватись. Він обмежений не тільки тим, що раніше прийняті догматичні

положення можуть бути відхилені або переглянуті. Багато обґрунтувань вимагають загальних практичних тверджень на додаток до догматичних (у цих випадках маємо нечисте догматичне обґрунтування.) Оскільки часто буває, що кілька загальних практичних тверджень є дискурсивно здатними, то можливі зовсім різні результати обґрунтування при однакових догматичних положеннях. Луман посилається на все це, коли стверджує, що «функції догматики [полягають]... не у покладанні кайданів на розум, а, зовсім навпаки, у розвитку свободи, коли маєш справу із досвідом і текстами». Це, звичайно, слухна точка зору. Однак, було б, помилкою недооцінювати стабілізуючий ефект, породжений принципом інерції щодо раніше прийнятих догматичних положень, через те, що свобода, безсумнівно, присутня також у догматичній аргументації.

2. *Функція розвитку* тісно пов'язана з функцією стабілізації. Інституціоналізація догматики, при розширенні правової дискусії щодо часу, тем та осіб, дозволяє диференціювати догматичні положення значно більшою мірою і розробити способи їхньої перевірки, що ніколи не буде можливим у спеціальних дискусіях. Це робить можливим щось на кшталт прогресивного розвитку у догматиці. Звичайно, прогрес у догматиці є значно більш складною справою, ніж в емпіричних науках. Він залежить не тільки від діяльності вчених-юристів, а й значною мірою від діяльності органів законодавчої влади і від змін в оцінних ідеях, що переважають у суспільстві. Це, однак, не применшує можливості прогресу в юридичній догматиці. Можливість такого прогресу є сильним аргументом на користь того, що юридична догматика має науковий характер.

3. Для догматичного обґрунтування характерно брати до уваги, принаймні тимчасово, предмети, які раніше були перевірені й прийняті. Це знижує навантаження на процес обґрунтування тією мірою, якою відсутня необхідність перевірки з новою підставою. Немає потреби в обговоренні щоразу значення питання. Ця *функція зниження тягаря* є не тільки необхідною умовою для роботи судів, які працюють у часових межах, а й визначальною для юридичної наукової дискусії. У цій сфері теж, як у всіх сферах, неможливо обговорювати все заново в кожному випадку.

Потрібно зауважити, що значення функції зниження тягаря залежить від ступеня просування, досягнутого в діапазоні змінних, таких як простота, точність, цінність, і підтвердження положень догматики, з одного боку, і від того, якою мірою необхідний консенсус щодо догматичних принципів — з іншого. Існуючий досвід указує на те, що центральна проблема правової догматики полягає в тому, що ці цінності не можуть бути спільно впроваджені. Якби це було можливо, тоді б існували системи правової догматики, з яких виводилися б переконливі рішення у кожному можливому випадку в тій чи іншій галузі права.

Оскільки це неможливо, то функція зниження тягаря має обмежений вплив. Існують випадки, коли потрібно зробити вибір між альтернативними догматичними принципами, перш ніж прийняти індивідуальне рішення, а цей вибір, у свою чергу, має бути виправданим.

Крім того, часто виникає потреба у відмові від проголошених раніше принципів і застосуванні для обґрунтування рішення загальних практичних і догматичних принципів.

Слід насправді сказати, що догматика може мати ефект не лише зниження тягаря, а і його обтяження. Луман підкреслює: «Труднощі у прийнятті рішень

ускладнені таким чином — не полегшені концептуальною розробкою закону — чи, радше, можливості прийняття більш складних рішень збільшені. Однак це лише один аспект. Утім, навряд чи можна сумніватися, що є догматичні положення, як, наприклад, визначення юридично значущих понять, які є достатньо зрозумілими і загальноновизнаними, так що процес прийняття рішень виявляється простішим аніж тоді, коли слід встановити факти». У таких звичайних випадках функція зниження тягаря полягає саме в тому, що догматичні принципи не становлять проблеми.

Ефект функції зниження тягаря у звичайних справах, зрозуміло, досягається за рахунок зростання труднощів у суміжних випадках, які не виникатимуть за відсутності догматики. На питання, чи є ця ціна розмірною, неможливо відповісти виключно шляхом посилення на переваги функції скорочення тягаря у легких справах, але слід посылатись на інші впливи догматики. Той факт, що догматика може викликати питання, які не виникли б за її відсутності, як буде показано, у жодному разі не слід розглядати лише як недолік.

4. Крім того, велике значення має *технічна функція*.

Для того щоб мати загальне уявлення про сукупність або принаймні якомога широкій діапазон значень конкретних правових норм, необхідно створити загальні основні поняття, форми викладення, правові інститути тощо; тому єдине, що може забезпечити швидкий огляд, є представлення норм права, яке було би спрощеним, що має єдиний і системний характер, із взаємоузгодженими зв'язками між нормами.

Таким чином, догматика виконує інформаційну функцію, підвищуючи здатність «навчати» і «вивчати» право, і отже, тим самим його здатність передаватись далі. У зв'язку з цим Подলেখ звертає увагу на право наслідків війни — наприклад, правові норми про забезпечення рівності отриманих тягарів і військових репарацій, і положення (Німецького) Закону 131, з яких неможливо вивести жодних догматичних положень, тому вони «можуть бути освоєні тільки казуїстично фахівцем-практиком».

Можуть, звичайно, існувати сумніви щодо цієї доволі дидактичної функції. Цілком справедливою є думка про те, що дидактичне значення правової догматики доведене з точки зору сучасної педагогіки. З іншого боку, не можна не визнати, що принаймні одним засобом опанування предметної сфери є піддавання її ґрунтовному концептуальному аналізу.

5. *Функція контролю*, як вже згадувалося, є надзвичайно важливою. Як пояснювалося вище, існує два види перевірки узгодженості. Системна перевірка у більш вузькому сенсі дозволяє контролювати логічну сумісність положень догматики, а перевірка у широкому сенсі дозволяє перевірити загальну практичну сумісність рішень, обґрунтованих різноманітними догматичними положеннями. Таким чином, дослідження з юридичної догматики полегшує вирішення завдань не як одиничних випадків, а у світлі всієї лінії випадків, вже вирішених і ще не вирішених. Такі заходи надають можливість реалізації принципу універсалізованості й, відповідно, слугують досягненню цілей справедливості.

6. Останньою позитивною функцією догматики, про яку буде згадано тут, є *евристична функція*. Догматика містить великий вибір моделей вирішення проблем, відмінностей і точок зору, які не завжди очевидні. Навіть якщо цього недостатньо для того, щоб визначити рішення, вона стане реальною допомогою

для застосування цього механізму. Поставлено питання й запропоновано відповіді, які могли б бути неможливими або залишитися прихованими. Система правової догматики може, таким чином, бути «плідною відправною точкою для створення нових висновків і зв'язків, оскільки тією ж мірою зближує та підвищує родючість нашої стадії розуміння, здобутого у зв'язку із конкретними проблемами; вона стає приводом для нових відкриттів, які не спали б на думку взагалі або були б менш обґрунтованими, оскільки роздуми обмежувалися б окремими точками замість того, щоб мати системний характер».

VI. Догматична та загальна практична аргументація

Переваги та недоліки, які були розглянуті разом, пропонується розуміти як інструментальний погляд на юридичну догматику. Юридична догматика є інструментом, який може привести до результатів, недосяжних виключно за допомогою загального практичного дискурсу. Деякі з цих переваг, таких як відповідність принципу універсалізованості в межах стабілізаційної та контрольної функцій, є вимогами загального практичного розуму; інші, такі як евристична функція, є бажаними з цих саме причин. Тому правова догматика є раціональною діяльністю.

Раціональний характер застосування правової догматики, звичайно, перевернув з ніг на голову той момент, що вона більше не використовується як «інструмент для визначення правильного в питаннях практичного розуму і моралі». Це особливо проявляється у ситуації, коли юридична догматика використовується для того, щоб приховати справжні підстави рішення або надати нібито автономні програми для прийняття рішень. Безперечно, таке неправильне застосування аргументу є можливим. Ступінь, в якому це відбувається, вже є питанням емпіричного дослідження. Те, що має місце насправді, є неголовним. Показове обґрунтування і випередження підстави (*petitio principii*) також мають місце в межах загального практичного міркування. І в цьому контексті для нас є цікавим той факт, що догматичне мислення може бути водночас і раціональним, і помилковим.

Догматична аргументація є раціональною до того часу, аж поки не загубиться її зв'язок із загальним практичним міркуванням. Цей зв'язок не порушується доти, доки дається обґрунтування з догматичними аргументами в сумнівних випадках для догматичних положень. Догматичні твердження можуть, у свою чергу, бути застосовані в таких обґрунтуваннях; але, як було показано вище, загальні практичні аргументи обов'язкові як останній засіб.

Догматична аргументація пов'язана із загальним практичним мисленням і в іншому відношенні. Було проведено різницю між чистими і нечистими догматичними обґрунтуваннями. У чистих догматичних обґрунтуваннях висновок випливає з догматичних положень разом із дійсними формулюваннями норми та емпіричними твердженнями. У нечистих догматичних обґрунтуваннях загальні практичні твердження вимагаються у першу чергу. У таких випадках, які є далеко не рідкісними, існує прямиий взаємозв'язок між догматичним і загальним практичним мисленням.

На завершення слід зазначити, що застосування догматичних аргументів може бути визнане не тільки як таке, що не суперечить принципу дискурсивної теорії, а й специфічним мисленням, яке вимагає спеціального юридичного контексту. Звідси правило:

(J.12) Якщо догматичні аргументи є можливими, то вони мають бути застосовані.

Алексі Р. Догматичне мислення

Анотація. У публікації з'ясовуються природа догматичних аргументів та їх роль у правовому дискурсі. Для цього досліджується концепція правової догматики, розглядаються види догматичних тверджень, аналізуються особливості їхнього застосування, обґрунтування і перевірки. Визначаються функції правової догматики, розкривається їхній зміст.

Ключові слова: правова догматика, догматичні твердження, обґрунтування і перевірка догматичних положень, функції правової догматики.

Алекси Р. Догматическое мышление

Аннотация. В публикации выясняются природа догматических аргументов и их роль в правовом дискурсе. Для этого исследуется концепция правовой догматики, рассматриваются виды догматических утверждений, анализируются особенности их применения, обоснования и проверки. Определяются функции правовой догматики, раскрывается их содержание.

Ключевые слова: правовая догматика, догматические утверждения, обоснования и проверка догматических положений, функции правовой догматики.

Alexy R. Dogmatic Reasoning

Summary. The nature of dogmatic arguments and the role they play in legal discourse are appeared in this publication. For this purpose the conception of legal dogmatics is researched, dogmatic propositions are considered, the features of their application, justification and testing are analyzed. The functions of legal dogmatics are identified, their meaning is revealed.

Key words: legal dogmatics, dogmatic propositions, justification and testing dogmatic propositions, functions of legal dogmatics.

КОНСТРУКЦІЯ ФОРМАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ У «ПРАВІ КОМБІНАЦІЇ» РОБЕРТА АЛЕКСІ¹

М. БОРОВСЬКІ
доктор права, професор
Інституту публічного права,
конституційної теорії та філософії права
(Гейдельберзький університет
імені Рупрехта і Карла, Німеччина)



У післямові до своєї «Теорії конституційних прав» Роберт Алексі пропонує те, що він називає «правом комбінації» (*«Law of Combination»*). Згідно з цією доктриною формальні принципи — такі, як конституційний принцип, що відображає владу демократично легітимованого законодавчого органу — не можуть, самі по собі, мати перевагу над змістовним принципом. Навпаки, вони можуть робити це тільки в комбінації щонайменше з одним іншим змістовним принципом². Це означає конструктивну відмінність між формальними і змістовними принципами. У цьому есе досліджуються конструктивні схожості й відмінності між формальними і змістовними принципами, а також те, чи можна пояснити ці відмінності «правом комбінації» Алексі.

¹ Переклад з англійської С. Погребняка.

² Robert Alexy, 'Postscript', in Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, transl Julian Rivers (Oxford University Press: Oxford, 2002), 388-425, at 423: «Процедурні формальні принципи можуть відкинути змістовні принципи конституційних прав тільки у зв'язку з іншими змістовними принципами». Дивіться також наступний уривок, в якому Алексі торкається комбінації формального і змістовного принципів: «Цей процедурний [формальний] принцип, разом із змістовним принципом [...], може бути збалансованим з принципом конституційних прав» (Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, transl Julian Rivers (Oxford University Press: Oxford, 2002), 82 (курсив наш. — М. Б.)). Дивіться також наступний уривок, в якому Алексі використовує множинні «змістовні принципи», які можуть бути прочитані як вказівка на поєднання формальних і змістовних принципів на одній стороні терезів: «[П]роблема прогнозу стає одним із балансування відповідних змістовних конституційних принципів з формальним принципом демократично легітимованої компетенції законодавчого органу приймати рішення» (там само, 313 (курсив наш. — М. Б.)). Проте німецький оригінал тексту менш ясний щодо цього питання. Він може бути прочитаний за допомогою однини або множини: 'Das Prognoseproblem wird damit zu einem Problem der Abwägung zwischen dem jeweils betroffenen materiellen grundrechtlichen Prinzip und dem formellen Prinzip der demokratisch legitimierten Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers', Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3rd edn (Suhrkamp: Frankfurt on Main, 1996), 427. Використання однини навряд чи можна узгодити з "правом комбінації". Див. також Alexy, 'Postscript' (див. вище), 417, де він обговорює конкуренцію між «процедурним принципом, [який] вимагає, що демократично легітимований законодавчий орган має прийняти так багато важливих рішень для суспільства, як це можливо» — з однієї сторони терезів і «принципом змістовних конституційних прав» — з іншої; другий змістовний принцип не згадується взагалі.

© М. Боровські, 2014

Стверджуватиметься, що «право комбінації» Алексі дійсно пропонує важливе розуміння природи особливо важливого застосування формальних принципів, використання цих принципів у перегляді влади безпосередньо демократично легітимованої законодавчої влади. Те, що «право комбінації» застосовується тут, однак не виходить із конструкції формальних принципів як таких; це слідує, радше, зі змісту цих конкретних формальних принципів. Їхній зміст робить їх залежними від балансування принаймні двох інших принципів. Для формальних принципів, які є незалежними у цьому сенсі, «право комбінації» не застосовується.

Після (А) огляду щодо розмежування між правилами і принципами будуть розглянуті (В) конструктивні характеристики формальних принципів. Третій розділ (С) присвячено відмінностям формальних принципів, що є або незалежними, або залежними від балансування інших принципів.

А. Різниця між правилами і принципами

Спільним між формальними і змістовними принципами є те, що обидва вони вважаються принципами відповідно до теорії принципів, яка відрізняє правила, принципи і форми їх застосування, категоризації та балансування¹.

І. Принципи

Принципи є нормами, які піддаються балансуванню². Справді, де принципи конкурують і такий конфлікт не може бути вирішений шляхом апеляції до інших заходів, вони вимагають балансування³. Інакше кажучи, принципи, на відміну від правил, мають вимір ваги⁴. Принципи мають бути досягнуті з певною метою⁵, і

¹ Теорія принципів була розвинута Рональдом Дворкіним в ході атаки на юридичний позитивізм, див.: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1977), 22–45 et passim. Спираючись на ці розбіжності, Роберт Алексі розвинув теорію принципів, див. Robert Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (2000) 13 *Ratio Juris*, 294-304; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 44-110. Див. також: Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (Nomos: Baden-Baden, 1990), 52-87; Jan-Reinard Sieckmann, *Recht als normatives System* (Nomos: Baden-Baden, 2009), 21-94; Martin Borowski, 'Prinzipien als Grundrechtsnormen' (1998) 53 *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 307-35; Martin Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2006), 195-202; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 2nd edn (Nomos, Baden-Baden 2007), 68-113.

² Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 27; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 50; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 80, 95-6.

³ Інші заходи «придатність» і «необхідність», як перші два підпринципи принципу пропорційності в його широкому сенсі. Про ці підпринципи, див.: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 66-9. Дотепер ці принципи використовуються в перегляді конституційних або основоположних прав; обмеження права в питанні може вимагати формальних критеріїв, таких як «передбачене законом» відповідно до ст. 9(2), 10(2), 11(2) Європейської конвенції про права людини (ЄКПЛ) або «відповідно до закону» у ст. 8(2) ЄКПЛ. Якщо формальна вимога не буде виконана, то втручання не виправдане в будь-якому випадку, незалежно від змістовних засобів, таких як балансування. Про формальні обмежувальні засоби конституційних або основоположних прав, див.: Martin Borowski, 'Limiting Clauses' (2007) 1 *Legisprudence* 197-240, at 207-10.

⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 26-7; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 50; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 113.

⁵ Дворкін розрізняє «політики» і «принципи». Він називає «політикою» такий вид стандарту, що встановлює цілі, яких має бути досягнуто; зазвичай це поліпшення якоїсь економічної, політичної або соціальної характеристики суспільства», Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 22 (курсив наш). На відміну від цього, «принцип» є «стандартом, якого слід дотримуватися не тому, що він

вони, отже, були охарактеризовані як накази досягнення¹. Там, де принципи конкурують, балансування визначає, який принцип має перевагу в обставинах конкретної справи². Принцип, що зазнав поразки, залишається юридично чинним³.

II. Правила

Однак, правила не піддаються балансуванню взагалі⁴. Конфлікти правил завжди призводять до припинення дії одного з правил або введення застереження про виключення, використовуючи ту чи іншу максиму — наступний закон скасовує дію попереднього, спеціальний закон скасовує дію загального закону або вищий закон скасовує дію нижчого⁵. Таким чином, вимір ваги служить для розрізнення між правилами і принципами.

наблизить або забезпечить виникнення бажаної економічної, політичної або соціальної ситуації, а тому, що він є вимогою справедливості, чесності або якогось іншого морального виміру» (там само). Він поспішає додати, що цією розбіжністю часто можна нехтувати (там само, 22-3) і що «принципи політики та інші види стандартів» разом утворюють клас «принципів у загальному сенсі» (там само, 22-3). Принципи в загальному сенсі містять загальну вимогу, що мають бути досягнуті максимально можливою мірою, залежно від того, що фактично і юридично можливо. Те, що досягнуто, можна назвати «метою», незалежно від того, чи має вона моральний вимір (принципи в сенсі Дворкіна) чи ні (політика в сенсі Дворкіна). Таким чином, немає жодних переконливих причин, чому необхідно зарезервувати «мету» для політики в сенсі Дворкіна. Надалі, «мета» буде використовуватися для принципів у загальному сенсі.

¹ Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (n. 2), 300. See also Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 47-8, 67-9: «вимоги досягнення». Треба відзначити, що «накази про досягнення», точно кажучи, є правилами. Про цю критику, див.: Aulis Aarnio, 'Taking Rules Seriously', Werner Maihofer and Gerhard Sprenger (eds), *Law and the States in Modern Times* (Steiner: Stuttgart, 1990), 180-92, at 187; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 65. Однак, слід розрізнити «накази досягнути» і «накази, що мають бути досягнуті». У той час як перші є правилами, другі характеризують принципи. Про це розрізнення див.: Robert Alexy, 'The Institutionalization of Reason', Luc J. Wintgens (ed), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law* (Kluwer: Dordrecht, Boston, and London, 1999), 23-45, at 39; Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (n. 2), 300-1; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 91-3.

² Навіть при тому, що балансування є характеристикою принципів, їх застосування може передбачати сумзумпцію певною мірою. Про сумзумпцію при застосуванні принципів див.: Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 101-4, 118-20.

³ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 25 et passim; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 50; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 80.

⁴ Якщо бути точним, правила ніколи не розглядаються як правила при балансуванні: наприклад, їм не можна надати вагу. Правила можуть, однак, залежати від підсумків балансування принципів. Такі залежні правила є нестрогими правилами, на відміну від строгих правил, див.: Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 102-3. Несуворі правила не можуть бути абсолютними — так само, як, наприклад, і принципи. Треба відзначити, що в розглянутому випадку принципи, що підтримують такі правила, можуть конкурувати з іншими відповідними принципами. Про реконструкцію цього «конфлікту» між принципами, що підтримують правило, та інших принципів, див.: там само, 93, 112, 144. Див. також: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 27: «Правова система може [...] віддавати перевагу правилу, що підтримується більш важливими принципами». Про правила як «свого роду компроміс між конкуруючими принципами», див. там само, 77. Коротше кажучи, там, де правило залежить від результатів балансування принципів, визначення змісту цього правила сприяє балансуванню.

⁵ Ці три максими традиційно визнані в цивільному праві, див.: Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (Winter: Heidelberg, 1935), 41-58. Про ці максими в німецькому праві див.: Robert Alexy and Ralf Dreier, 'Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany', D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes* (Dartmouth: Aldershot et al., 1991), 73-121, at 99; про ці максими в міжнародному праві див.: Erich Vranes, 'Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior — Zur Rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln"' (2005) 65 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Rechtsvergleichung* 391-405 з наступними посиланнями. Про ці максими в

Другий¹ критерій Дворкіна для розрізнення між правилами і принципами є моделлю «все або нічого», яка, стверджує він, характерна для правил². «Якщо в наявності обумовлені правилом факти, тоді або правило дійсне, а значить, слід прийняти відповідь, що міститься в ньому, або ж воно недійсне, і в цьому разі воно нічим не допоможе вирішенню справи»³. Правило може містити винятки; ці винятки, проте, можуть бути перераховані⁴. На відміну від цього, якщо принцип переважається принципом-конкурентом, це, на думку Дворкіна, не встановлює «виняток» до першого. Більше того, такі «контрприкладі [...] навіть теоретично не піддаються перерахуванню». У тому числі перерахування в принципі «не робитиме для більш точного або навіть повного викладу принципу»⁵.

Критерій моделі «все або нічого» не може бути проаналізовано тут більш детально⁶. Двох зауважень повинно вистачити в цьому контексті. По-перше, можливість перерахування винятків із правил часто критикують⁷. Якщо ця критика виявляється слушною, то винятки ані з правил, ані з принципів не можуть бути перераховані. Більше того, застереження щодо винятку в «правилі» може містити принцип⁸. Чим більше норма — «правило» — не має ваги в собі і розраховує, відповідно до критерію виміру ваги, як правило⁹. Для винятків із принципу, які не можуть бути перераховані (обставини, за яких принцип програє), винятки з цього правила (які залежать від цього принципу) не можуть бути перераховані. Це означає, що відповідно до критерію моделі «все або нічого» «правило з винятком, що містить принцип» буде вважатися принципом¹⁰. На

контексті теорії принципів див.: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 49 (*lex posterior i lex specialis*); Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (n. 2), 296 (*lex posterior i lex superior*); Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison' (2003) 16 *Ratio Juris*, 433-49, at 434 (усі три максими). Див. також: Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 198. Див. також Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 27: «Правова система може регулювати такі [...] конфлікти за іншими правилами, що надають перевагу *правилу, прийнятому вищим органом, або правилу, прийнятому пізніше, або більш спеціальному правилу, або щось подібне*» (курсив наш. — М. Б.).

¹ Насправді, в схемі Дворкіна щодо критеріїв для розрізнення норм і принципів «вимір ваги» є другим критерієм, а модель «все або нічого» — першим. Згідно з Дворкіним, перший критерій «зумовлює» другий, див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 26.

² Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 24-6.

³ Там само, 24.

⁴ Там само, 25.

⁵ Там само, 25-6. Також див. там само, 76.

⁶ Для аналізу цього критерію див. R. Alexy, 'Zum Begriff des Rechtsprinzips', Werner Krawietz *et al.* (eds), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz* (Duncker & Humblot: Berlin, 1979), 59-87, at 68-70; Robert Alexy, 'Rechtsregeln und Rechtsprinzipien', D. Neil MacCormick, Stavros Panou, and Luigi Lombardi Vallauri (eds), *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken* (Steiner: Stuttgart, 1985), 13-29, at 16; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 76-7.

⁷ Див., наприклад, Colin Tapper, 'A Note on Principles' (1971) 34 *Modern Law Review* 628-34, at 631; Joseph Raz, 'Legal Principles and the Limits of Law' (1972) 81 *Yale Law Journal* 823-54, at 836; див. також George C. Christie, 'The Model of Principles' (1968) 17 *Duke Law Journal* 649-669, at 657: «Я думаю, що ця точка зору відносно природи правил є явно помилковою».

⁸ У тому самому напрямі про «перехрещення» правил і принципів див.: Tapper, 'A Note on Principles' (n. 18), 630-1.

⁹ Про такі залежні правила див. виноску 4 на с. 133.

¹⁰ Див.: Alexy, 'Zum Begriff des Rechtsprinzips' (n. 17), 69; Alexy, 'Rechtsregeln und Rechtsprinzipien' (n. 17), 16; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 57-8; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 76-7.

закінчення, критерій моделі «все або нічого» навряд чи вважається переконливим критерієм для розрізнення правил і принципів.

III. Принципи як моральні фонові стандарти та як позитивне право

Принципи часто розуміють, по-перше, як вид фонових стандартів, які знаходяться при інтерпретації позитивного права або прецедентів. Почнемо з відмінності між правилами і принципами, розробленої Дворкіним в його атаці на позитивізм; вона все ще помітно використовується як основа для аргументів проти позитивізму¹¹. Для тих, хто стверджує на користь непозитивістських концепцій права, моральний характер правових принципів є ключовим¹². Однак, наслідки принципів для концепції права не будуть розглядатися надалі.

По-друге, принципи зазвичай сприймаються насамперед як фонові стандарти. Наприклад, відповідно до відомих аргументів Дворкіна судді не мають розсуду, що впливає з відкритої текстури правил; радше, вони пов'язані принципами¹³. У той час як правила зазвичай чітко сформульовані в позитивному праві, принципи не є такими. Позитивне право може включати принципи як безпосередньо, так і ні; крім того, не лише побічно в силу того, що певне правило в позитивному праві підтримується певним принципом «у фоновому режимі». Це був особливий аналіз конституційних положень від Роберта Алексі — з ілюстраціями з німецької конституції — який звернув увагу на те, що принципи можуть бути застосовані безпосередньо до справ, а не тільки при інтерпретації статуту або прецедентів для вирішення справи¹⁴. Наступні висновки будуть орієнтовані насамперед на принципи, позитивовані¹⁵ в конституційні положення.

¹¹ Згідно з Дворкіним, позитивізм пропускає важливу роль принципів у правовій аргументації (Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 22, 123). Про його «інтерпретивізм» див., зокрема, Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1986), 87, 410 і в інших місцях.

¹² Дворкін стверджує, що принципи не можуть бути ідентифіковані за одними формальними критеріями, Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 29. Згідно з Алексі, принципи, — які кожна правова система, за його словами, обов'язково включає, — утворюють необхідний зв'язок між правом і мораллю, див.: Robert Alexy, *The Argument from Injustice* (Clarendon: Oxford, 2002), 68-81; Robert Alexy, 'An Answer to Joseph Raz', George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart: Oxford and Portland, Oregon, 2007), 37-55, at 54-5. Див., крім того, Franz Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Springer: Vienna and New York, 1982), 289-90.

¹³ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 29-30.

¹⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1). Треба відзначити, що Дворкін також приділяє певну увагу конституційним положенням як принципам (ілюстровано Конституцією США), див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 131-49.

¹⁵ Може здаватися, що ідея «позитивованих принципів», не враховує, на перший погляд, позицію теорії принципів, розробленої внаслідок атаки на позитивізм. Треба відзначити, що навіть якщо всі правові принципи обов'язково мають моральну природу, це не виключає їхньої можливості позитивації. Мораль може бути включена до позитивного права. Це припущення є загальним для тих, хто підтримує інклюзивний позитивізм; воно було б, звичайно, відхилено прихильниками ексклюзивного позитивізму. Якщо не всі правові принципи обов'язково мають моральну природу, то ті не можуть становити частину позитивного права.

В. Різниця між формальним і змістовним принципами

Звернімося тепер до формальних і змістовних принципів, які можна розрізняти на основі того, як визначається мета, що має бути досягнута.

І. Змістовні принципи

Змістовні принципи¹ вважаються підставами для рішення, доводами, які відображають основний зміст принципу. Прикладом може служити принцип у справі «Ріггс проти Палмера»², що «ніхто не повинен отримувати вигоду від своїх неправомірних дій», до якого апелює Дворкін³. Відповідно до змісту принципу, майбутній спадкоємець, який вбив свого діда, щоб претендувати на спадщину, не визнаний таким, що має належну вимогу. Інший приклад: принцип охорони навколишнього середовища в німецькій конституції⁴ вимагає, щоб рішення органів державної влади були екологічно безпечними. Однак добре відомо, що екологічно безпечні способи виробництва товарів часто є дорожчими, ніж менш екологічно чисті способи⁵. Вимога екологічно обґрунтованих методів виробництва вимушує підприємця, як правило, вибирати більш дорогі засоби виробництва. Це заважає свободі займатися підприємництвом за власним бажанням, що охороняється як конституційне право згідно з німецькою конституцією⁶. Можна, звичайно, сперечатися про те, які змістовні принципи переважають інші. Це буде залежати, в першу чергу, від (1) абстрактної ваги відповідних принципів і (2) від інтенсивності втручання в них⁷. Визначення цих величин включає нормативні аргументи⁸. Проте цілі, які повинні бути досягнуті щодо цих двох принципів, не припускають попередніх владних рішень будь-якої особи або установи⁹.

¹ Вислів «змістовний принцип» було вперше використано в контексті теорії принципів Дворкінім, див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 38.

² 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

³ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 23.

⁴ Ст. 20а Основного Закону (ОЗ) передбачає охорону навколишнього середовища як конституційний принцип у Німеччині. Див. також для ЄС ст. 6, 174 ЕС.

⁵ Треба відзначити, що це необов'язково так. Принципи не конкурують «як такі», вони конкурують тільки за обставин певної справи: якщо факт (дія або стан) сприяє реалізації мети, яка має бути досягнута принципом P_i, і заважає досягненню мети, яка має бути досягнута принципом P_j, тоді P_i і P_j конкурують. Якщо факт (1) сприяє меті, що має бути досягнута обома принципами, або (2) перешкоджає обома цілям, що мають бути досягнуті обома принципами, або (3), щонайменше, не має стосунку до мети, що мають бути досягнуті одним із принципів, то вони не конкурують.

⁶ Ст. 12 ОЗ. Див. також для ЄС ст. 16 Хартії основних прав ЄС. В Європейській конвенції з прав людини, а також у протоколах до неї відсутня явна гарантія свободи підприємницької діяльності. Однак, багато аспектів цієї свободи охоплюються ст. 8, 10, 11, 14 ЕCHR, див.: Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3rd edn (C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn, and Manz: Munich, Basel, and Vienna, 2008), 415-7.

⁷ Ці два фактори утворюють разом із надійністю емпіричних і нормативних передумов ядро «формули ваги» Алексі. Про формулу ваги див.: Robert Alexy, 'The Weight Formula', trans Bartosz Brozek and Stanley L. Paulson, *Studies in the Philosophy of Law*, Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek, and Wojciech Zatuski (eds), vol. 3 (Jagellonian University Press: Cracow, 2007), 9-27, at 20-7; Alexy, 'On Balancing and Subsumption' (п. 11), 446. Див. також Alexy, 'Postscript' (п. 1), 419.

⁸ Ці нормативні аргументи знаходяться поза теорією принципів як структурної теорії. Див., наприклад, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 107; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (п. 2), 28, 121-2, 190; Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (п. 2), 234.

⁹ Дійсність конституційних принципів як владних рішень установчих зборів, як правило, не заперечується. Проте, з моральної точки зору, можна дивитися на рішення установчих зборів, як, між

Здійснюючи балансування змістовних принципів, можна створити послідовну й узгоджену правову систему¹. Однак неможливо адекватно зобразити владний вимір права, апелюючи виключно до змістовних принципів. Деякі рішення мають вагу не через їх зміст, а тому, що вони являють собою певну процедуру, пройдену юридичною владою. Найбільш очевидними прикладами можуть бути законодавчий процес або судочинство². Тепер подивимось на формальні принципи.

II. Формальні принципи

Почнемо з того, що в дослідженні принципів добре повернутися до ролі, що відіграють формальні принципи на сьогодні. Цей погляд служить для заповнення фону «права комбінації» Алексі. Після цього буде розглянуто конструкцію формальних принципів.

1. Формальні принципи в дослідженні принципів

Формальні принципи були введені в дослідження принципів для того, щоб зобразити, в першу чергу, владний вимір деяких правових рішень³.

Початок протиставлення формальних і змістовних принципів можна знайти в «Серйозному погляді на права» Дворкіна. У своєму аналізі щодо розсуду він пише: «Будь-який суддя, який пропонує змінити існуючу доктрину, має враховувати деякі важливі стандарти, які виступають проти відступу від встановленої доктрини, і ці стандарти є також великою частиною принципів»⁴. Прикладами, відповідно до Дворкіна, є «верховенство законодавчого орга-

іншим, на виконання моральних формальних принципів. Утім комплексне дослідження моральних формальних принципів виходить за рамки цієї статті.

¹ Однак, питання в тому, чи правова система обов'язково містить формальні принципи. Зікманн розглядає формальні принципи як важливу і концептуально необхідну рису правових систем, див.: Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (п. 2), 148. Це, звичайно, правильно, що право обов'язково повинно мати владний вимір. Вірно також і те, що формальні принципи можуть бути використані, щоб описати владний вимір систем норм. Формальні принципи не є, однак, тільки засобом для реконструкції владних структур. Якщо повноваження є абсолютними, а не відносними — так що владні рішення не можуть бути в перспективі предметом балансування, — влада є радше остаточною *prima facie*. На тлі концептуального протиставлення правил і принципів можна говорити про формальне правило замість формального принципу. Таким чином, дещо слабшою тезою, ніж у Зікманна, було б те, що право обов'язково повинно мати владний вимір. Оскільки цей вимір має бути відновлений за допомогою або формальних принципів, або формальних правил, то право обов'язково містить, відповідно до цієї слабкої тези, щонайменше, одну з цих двох категорій норм.

² Треба відзначити, що відповідно до класичної доктрини в континентальній європейській юриспруденції прецеденти не є юридично обов'язковими для всіх. Оскільки вони впливають на наступні рішення, ці наслідки мають лише фактичний характер. Про цю класичну доктрину в німецькій юриспруденції див.: Karl Larenz and Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3rd edn (Springer: Berlin et al., 1995), 255; Hans-Joachim Koch and Helmut Rübmann, *Juristische Begründungslehre* (Beck: Munich, 1982), 188. Однак сучасні підходи припускають, що прецеденти певною мірою є юридично обов'язковими, див.: Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (Clarendon: Oxford, 1989), 274-9; Robert Alexy and Ralf Dreier, 'Precedent in the Federal Republic of Germany', D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Precedents* (Ashgate: Aldershot et al., 1997), 17-64, at 26-54. Є багато того, що можна сказати на користь тези про те, що формальні принципи є ключем до розуміння влади прецедентів.

³ Владу певних рішень у праві не слід плутати з владою права. Друга стосується відносин між правом і мораллю, перша — питання, хто має повноваження та якою мірою застосовувати право.

⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 37.

ну” — набір принципів, які вимагають, щоб суди демонстрували кваліфіковану повагу до актів законодавчої влади» — і «доктрина прецеденту — інший набір принципів, що віддзеркалюють справедливість і ефективність послідовності»¹. Обидва вони, стверджує він, «схиляють до статус-кво»². Дворкін називає ці принципи «консервативними принципами» і бачить їх як протиставлення «змістовним принципам»³. Навіть при тому, що він згадує «верховенство законодавчого органу» і «доктрину прецеденту» як два найбільш яскраві приклади рішень, які є *prima facie* обов’язковими завдяки владі тих, хто прийняв їх, він робить акцент на «послідовності»⁴, а не на владі. Послідовність може служити для захисту владного рішення; втім це буде лише в тому випадку, однак, якщо «статус-кво»⁵ в цей час захищене «послідовністю», яку було створено владним рішенням. «Послідовність» також може захистити просте традиційне правило, не створене за допомогою владного рішення. Більше того, «послідовність» може навіть конкурувати з владними рішеннями⁶.

У своїй «Теорії конституційних прав» (1985)⁷ Роберт Алексі посилається на «відмінність між двома основними типами принципів, яка має широкомасштабне значення, а саме відмінність між змістовними, або матеріальними, і формальними, або процесуальними, принципами»⁸. Хоча формальні принципи вважаються важливою доктриною в теорії Алексі, він зупиняється на конкретних прикладах, а не на дослідженні їх конструкції: «Формальним, або процедурним, принципом є, наприклад, принцип, який говорить про те, що демократичні законодавчі збори приймають рішення, що мають значення для суспільства в цілому»⁹. Кількома сторінками вище, де Алексі використовує формальні принципи для визначення *prima facie* природи правил¹⁰, читаєш: «Існують й інші принципи, які також мають перемагати, такі як ті, що правила, встановлені владною дією в межах своєї юрисдикції, мають дотримуватися, і принцип, що не слід відходити від усталеної практики без поважної причини. Такі принципи можуть бути названі “формальними принципами”»¹¹.

¹ Там само.

² Там само, 37-8.

³ Там само, 38.

⁴ Там само, 37.

⁵ Там само, 38 (виділення опущені).

⁶ Якщо законодавчий орган вносить зміни або скасовує статут, «послідовність» вимагає, щоб «статус-кво» лишився без змін. Однак владне рішення законодавчого органу вимагає, щоб «статус-кво» був змінений відповідно до бажань законодавчої влади як висловлений у законодавчому процесі. Законодавче верховенство переважає, як правило, «послідовність». Вони не повинні вказувати той самий напрям.

⁷ Книга була опублікована в Німеччині 1985 р.; переклад англійською Джуліани Ріверс був опублікований 2002 р. (Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1)).

⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 82 (виділення опущені).

⁹ Там само.

¹⁰ Де правило «конкурує» з принципом, принцип має бути збалансованим з принципами, що підтримують правило (якщо правило не є строгим правилом, див. виноску 4 на с. 133). Не тільки змістовні принципи підтримують нестроге правило; формальні принципи теж пропонують, як слідує з наступної цитати Алексі в тексті.

¹¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 58 (виділення в оригіналі). «Принцип, згідно з яким не слід відходити від усталеної практики без поважної причини» нагадує «набір принципів, що відображають справедливість і ефективність послідовності» Дворкіна, див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 37. Треба відзначити, що вимога *prima facie* того, щоб статус-кво було підтримано,

Досить повне дослідження формальних принципів можна знайти в «Моделі правил і моделі принципів правових систем» Яна-Райнарда Зікманна¹. Згідно із Зікманном, характеристикою формальних принципів є те, що вони забезпечують *prima facie* достатні докази прихильності результату процедури². Далі він додає, що відповідне рішення, яке виводиться з відповідної процедури, яка створила зобов'язання, є, як правило, таким, що прийняте особами або установами іншими, ніж ті, хто, зрештою, зобов'язані результатами³. Зікманн підкреслює, як і Алексі⁴, що формальні принципи передбачають з'ясування владних структур у правовій системі⁵.

Незважаючи на те, що ці формулювання дають можливість зробити припущення, що формальні принципи є класом принципів, при їх дослідженні одній групі приділяють особливу увагу: формальним принципам, які застосовуються при перегляді влади демократично легітимованого парламенту⁶. Зокрема, влада парламенту в умовах, коли під загрозою знаходиться баланс конституційних принципів, зайняла центральне місце⁷. Виникає питання про те, якою мірою

і вимога *prima facie* того, щоб владне рішення поважалося, необов'язково є тим самим (див. виноску 6 на с. 138 і супровідний текст).

¹ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2).

² Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 147; Sieckmann, *Recht als normatives System* (n. 2), 137. Див. також Luis Virgilio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume* (Nomos: Baden-Baden, 2003), 145, 150; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 88, 127.

³ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 152. Слід відзначити, що особи або установи за допомогою формальних принципів також можуть бути зв'язані власними рішеннями. Наприклад, суди можуть бути зв'язані їхніми власними прецедентами. Інший приклад зв'язаності власними рішеннями — «Модель конкуруючих інтерпретацій закону» Зікманна («Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen»). Див.: Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 162-4; Jan-Reinard Sieckmann, 'Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung. Das Problem der Begrenzung der Besteuerung' (2002) 41 *Der Staat*, 385-405, at 398-403; Sieckmann, *Recht als normatives System* (n. 2), 200-4.

⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), 58.

⁵ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 148; він же, *Recht als normatives System* (n. 2), 135.

⁶ Найбільш спірним аспектом перевірки юридичних повноважень парламенту є межі повноважень при невизначеності щодо емпіричних і нормативних умов балансування конституційних принципів (оцінного розсуду). Про відмінність між оцінним і структурним розсудом див.: Alexy, 'Postscript' (n. 1), 394-425; Julian Rivers, 'Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing'; George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart: Oxford and Portland, Oregon, 2007), 167-87, at 169-78; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 124-30. Про формальні принципи перевірки оцінного розсуду див., зокрема, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), 82, 191-2, 312-3; Alexy, *Postscript* (n. 1), 418-9; Robert Alexy, 'Verfassungsrecht und einfaches Recht' (2002) 61 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 7-33 (27-8); Marius Raabe, 'Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag', Christoph Grabenwarter *et al.* (ed) (Kohlhammer: Stuttgart *et al.*, 1994), 83-100, at 93-9; Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis* (Nomos: Baden-Baden, 1998), 207-48; Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume* (n. 52), 136-44 і в інших місцях. Див. також Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 162-4; Sieckmann, 'Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung' (n. 53), 398-403; Sieckmann, *Recht als normatives System* (n. 2), 200-4; Jan-Reinard Sieckmann, 'Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte', L. Clérico and J.-R. Sieckmann (eds), *Grundrechte, Prinzipien, und Argumentation* (Nomos: Baden-Baden, 2009), 39-66, at 57-60. Див., крім того, Wolfgang Enderlein, *Abwägung in Recht und Moral* (Alber: Freiburg and Munich, 1992), 338; Marcel Kaufmann, 'Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip' (1997) 8 *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 161-86, at 175-6.

⁷ Це обговорюється в наукових дослідженнях принципів як проблеми емпіричного оцінного розсуду. Про відмінність між емпіричним оцінним і нормативним оцінним розсудом див.: Alexy,

конституційний суд має брати до уваги емпіричні передумови, на які опирався парламент при прийнятті певного статуту. Цей фокус видається цілком зрозумілим, тому перегляд оцінного розсуду є передумовою для спростування заперечення доцільності аналізу конституційних прав на основі теорії принципів, а саме: заперечення того, що цей аналіз не враховує владу демократично легітимованого парламенту¹. Проте цей фокус не допомагає примиритися з феноменом формальних принципів в цілому — тим паче, що принципи, які застосовуються при перегляді оцінного розсуду², є окремими прикладами формальних принципів.

2. Конструкція формальних принципів

Формальний принцип наділяє компетенцією створювати мету, яка має бути досягнута в сенсі теорії принципів³.

а) Мета, яка має бути досягнута за допомогою формальних принципів

Найбільш важливою характеристикою формальних принципів є те, що, на відміну від змістовних принципів, вони не проявляють фіксований, матеріальний зміст⁴. Вони підтримують зобов'язання за результатами процедури або рішення. Тобто щось має бути досягнуто, бо це є результатом певної процедури або рішенням органу. Однак «процедуру», не слід розуміти вузько. Це може відноситися до правового процесу, наприклад, законодавства, або це може відноситися просто до рішення особи або установи, що вважається владою. Після того, як процедуру було проведено або один раз влада прийняла рішення⁵, фіксується

'Postscript' (n. 1), 414-25; Rivers, 'Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing' (n. 56), 177-8; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 126-30.

¹ Це заперечення було потужно розвинуто Ернстом-Вольфгангом Бьокенфьордом, впливовим колишнім суддею Німецького Конституційного суду. Див. Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik', *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2nd edn (Suhrkamp: Frankfurt on Main, 1992), 190-1; Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?' (2004) 31 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 598-603, at 603. Див. також Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2003), 83; Franz-Josef Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2005), 55.

² Див. виноску 56.

³ Див. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 127. Ця характеристика охоплює рішення осіб або установ, які *prima facie* є обов'язковими, що, безумовно, є ядром значення виразу «формальні принципи», як таке, що й досі використовується в працях з теорії принципів. Однак Алексі в одному місці згадує про «принцип, що не слід відходити від усталеної практики без поважної причини», як про «формальний принцип» (Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 58 (виділення опущені)). Виникає питання, чи можна розуміти «усталену практику» як «рішення» при реалізації правової компетенції. Якщо ні, то розуміння Алексі формальних принципів, що наводилося вище, буде ширшим, ніж розуміння, яке підтримується в цій статті. Втім це питання не може бути описано тут більш детально. Воно повинно бути достатнім в цьому контексті, щоб зосередитися на ядрі значення «формальних принципів», яке охоплюється характеристикою в тексті.

⁴ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 127-8. Алексі йде далі, стверджуючи, що формальні принципи не мають «ніякого змісту» замість «не мають фіксованого основного змісту»: «Цей принцип є формальним принципом, тому що він *не має ніякого змісту*, але стверджує, як зміст встановлюється» (Alexy, 'Postscript' (n. 1), 416 (курсив додано)). Однак, формальні принципи можуть похвалитися змістовним критерієм, який обмежує суть, що має бути досягнута як результат їх здійснення. Це означає, що такий формальний принцип містить, зі змістовної точки зору, рамку, всередині якої орган може визначити суть, яка має бути досягнута; однак, це не уповноважує визначити суть, що має бути досягнута за межами цієї рамки. Про змістовні критерії у формальних принципах див. В. II. 2. b).

⁵ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 128.

матеріальний зміст мети, яку буде досягнуто. Як тільки це сталося, структура балансування формального і змістовного принципів не відрізняється від балансування двох змістовних принципів¹.

б) Елемент компетентності формальних принципів

Норми компетенції² уповноважують створювати, змінювати або скасовувати правові норми³. Повноваження здійснюються інституційними актами. Інституційний акт⁴ передбачає правила, які надають звичайному акту⁵ значення правового акта. Наприклад, угода стає дійсним правовим актом, де є правила, які визначають щось як дійсний договір і ці правила були дотримані в розглянутому випадку. Без структури правил, що визначають дії як юридичні за характером, акт буде, в кращому випадку, лише соціальним фактом, створюючи лише очікування або ймовірність обміну товарами, а не юридичним зобов'язанням.

Формальні принципи надають повноваження створити мету для досягнення. Ця мета, яка повинна бути досягнута, становить основний зміст формального принципу, коли це згодом врівноважується конкуруючими принципами. Існує разюча схожість між (1) повноваженнями, наданими нормами компетенції для створення правових норм, і (2) повноваженнями, наданими формальними принципами для створення мети, яка має бути досягнута. Обидва види повноважень здійснюються шляхом прийняття інституційних актів. Тобто «процедура» або «рішення органів влади», в контексті здійснення формального принципу, є ні чим іншим, як звичайним актом (або комплексом звичайних актів), що інтерпретується як інституційний акт, це на фоні правил, що визначають акт як інституційний. Правила, визначаючи інституційний акт, можуть зробити цей інституційний акт зумовленим або формальними чи процедурними умовами, з одного боку, або змістовними — з другого, і це правильно для обох видів повноважень. Обидва — відомі норми компетенції та формальні принципи — забезпечують необхідні засоби для створення чогось нормативного за

¹ Borowski, Grundrechte als Prinzipien (n. 2), 128.

² Вислови «повноваження» чи «юридичні повноваження» використовуються здебільшого як синоніми.

³ Про норми компетенції чи юридичні повноваження див., зокрема, Joseph Raz, 'Voluntary Obligations and Normative Powers', Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson (eds), *Normativity and Norms* (Clarendon: Oxford, 1998), 451-70; Robert Alexy, 'Alf Ross' Begriff der Kompetenz', Andreas Hoyer, Hans Hattenhauer, Rudolf Meyer-Pritzl, and Werner Schubert (eds), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (Nomos: Baden-Baden, 2008), 43-64; Neil MacCormick, 'Powers and Power-Conferring Norms', in *Normativity and Norms*, 493-506; Dick W. P. Ruiter, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects* (Kluwer: Dordrecht, Boston, and London, 1993); Dick W. P. Ruiter, 'Legal Powers', in *Normativity and Norms*, 471-91. Про ранні характеристики див. E.-R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, vol. 2 (Perthes: Gotha, 1883), 50; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2nd edn (Mohr: Tübingen, 1905), 47-8; A. J. Merkl, 'Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues', Alfred Verdross (ed), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet* (Springer: Vienna, 1931), 252-94, at 281. Про норми компетенції в чистій теорії права Кельзена див.: Bobbio, 'Kelsen and Legal Power', in *Normativity and Norms*, 435-49.

⁴ Див. про інституційні акти: Raz, 'Voluntary Obligations and Normative Powers' (n. 65), 452-3; Ruiter, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects* (n. 65), 91-102; Dick W. P. Ruiter, *Legal Institutions* (Kluwer: Dordrecht, Boston, and London, 2001), 71-96; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 149-59.

⁵ Про розбіжність між звичайним актом і приписуванням значення цьому акту див.: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1st edn (Deuticke: Leipzig and Vienna, 1934), 16-21; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2nd edn (Deuticke: Vienna, 1960), 1-4.

характером — правової норми в першому випадку, і мети, що має бути досягнута, — в другому¹.

3. Висновок

Здається, досі не має жодної різниці у структурі змістовних і формальних принципів, які можуть пояснити «право комбінації». Після того як орган зафіксував мету, що досягається, немає структурних відмінностей між балансуванням формального принципу і змістовного принципу та балансуванням двох змістовних принципів щодо один одного². Різниця полягає радше у визначенні мети, що має бути досягнута, яка не може виправдати «право комбінації». Так само, як можна збалансувати змістовні принципи самі по собі щодо інших принципів, можна збалансувати і формальні принципи щодо інших принципів. Таким чином, немає жодних структурних властивостей формальних принципів, які могли би бути пояснені «правом комбінації».

С. Незалежні та залежні формальні принципи

Однак «право комбінації» Алексі вказує на важливу властивість деяких прикладів формальних принципів. Деякі приклади формальних принципів демонструють мету, яка має бути досягнута, що обов'язково відноситься до балансування інших принципів. Це використовується, коли формальний принцип вимагає *prima facie* того, щоб владне рішення балансування було прийнято. Я буду називати ці формальні принципи «залежними формальними принципами». Незалежні формальні принципи є принципами, в яких цього немає. Оскільки незалежні формальні принципи проявляють менш складну структуру і тому вважаються нормальним випадком³, я почну з них.

І. Незалежні формальні принципи

Достатньо тут запропонувати два приклади незалежних формальних принципів: кінцеве встановлення розсуду законодавчого органу за німецькою конституцією і свободу релігії та совісті як конституційне право.

¹ Оскільки більшість праць про норми компетенції передували теорії принципів, навряд чи можна було очікувати явного обговорення того, чи розширюють норми компетенції можливості для створення змістовних принципів або суті, що має бути досягнута принципами.

Якщо компетенційний елемент формальних принципів дає можливість створювати цілі, які мають бути досягнуті, і якщо конкретна конструкція балансування формального принципу якоїсь мети, що має бути досягнута, не відрізняється від балансування змістовних принципів, то можна запитати, чи робить феномен «формальних принципів» трохи більше, ніж пояснює, що норми компетенції можуть служити для надання повноважень створювати змістовні принципи. Наприклад, Роберт Алексі інтерпретує кінцеві встановлення розсуду як такі, що привели до компетенції законодавця створювати змістовні принципи (див. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 82; див. також виноску 74 у цій статті). Це буде ігнорувати, однак, той факт, що (1) елемент компетенції і (2) мета, що має бути досягнута, яка створюється при здійсненні цього компетенційного елемента, — обидва розуміються як частина формального принципу. Див. також Martin Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung', L. Clerico and J.-R. Sieckmann (eds), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (Nomos: Baden-Baden, 2009), 99-128, at 121-6, де захищається розуміння, що ґрунтується на формальному принципі.

² Див. В. П. 2. а).

³ Слід відзначити, що й досі на тлі фокусу в дослідженнях принципів (див В. П. 1.) залежні принципи з'являються радше як «нормальний випадок». Це враження зникає, однак, як тільки реалізований весь спектр прикладів формальних принципів і проаналізована їх конструкція.

1. Кінцеве встановлення розсуду законодавчого органу

У німецькій правовій системі законодавець уповноважений створювати (змістовні) принципи, що мають можливість наблизити в перспективі принципи, які явно згадані в конституції¹. Класичним прикладом у ранньому рішенні Федерального конституційного суду є принцип «збереження та підтримки ручних ремесел»². Законодавець був уповноважений реалізувати цю мету певною мірою та відповідно обмежити свободу професії³. Однак законодавець не мав конституційного обов'язку переслідувати цю мету. Чи буде цей принцип створено, було питанням, що залишалося на його розсуд. Принцип «збереження та підтримки ручних ремесел» має право обмежувати інші конституційні принципи, незалежно від будь-якої комбінації принципів. Таким чином, феномен кінцевого встановлення розсуду демократично легітимованого парламентського законодавця зумовлений незалежним формальним принципом⁴.

2. Свобода релігії та совісті

Свобода релігії та совісті передбачає свободу особистості вибирати⁵ релігійну або моральну позицію, яка конституційно захищена. Цей конституційний захист означає, що свобода релігії та совісті може обмежити інші конституційні права або конституційні блага. Наприклад, носіння покриття з причин релігійного характеру вимагає набагато більш високого рівня захисту, ніж носіння

¹ Це, як правило, прямо передбачено в обмежувальних положеннях щодо конституційних прав (див. про обмежувальні положення в цілому і в німецькій конституції, а також в ЄКПЛ Borowski, 'Limiting Clauses' (n. 4), 205-12). Колективні блага, передбачені в Конституції, зазвичай не супроводжуються граничним пунктом; існує, однак, презумпція на користь здатності до обмеження конституційних благ.

Для того щоб висловити той факт, що обидва види принципів — права і блага, прямо передбачені в Конституції, та принципи, створені парламентським законодавцем — виявляють конституційний статус, має бути введена відмінність між *конституційним статусом першого ступеня* (принципи, які прямо передбачені в конституції) і *конституційним статусом другого ступеня* (принципи, які встановлюються законодавцем). Див. про це розрізнення Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 80-2; Borowski, 'Prinzipien als Grundrechtsnormen' (n. 2), 319-20; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 117-8, 124-5, 245; Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 519, 541; Borowski, 'Limiting Clauses' (n. 4), 212-4; Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung' (n. 68), 106-8.

² BVerfGE (Рішення Німецького федерального конституційного суду), 13, 97 (110). Більше прикладів у Alexy, 'Postscript' (n. 1), 395.

³ Див. В. І.

⁴ Про тлумачення цього принципу як формального див.: Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung' (n. 68), 125-6. Проте Алексі вважає, що він є змістовним принципом. Після посилання на оцінний розсуд (обговорюється в подальшому — С. П.) він пише: «Цей процедурний принцип, разом із *змістовним принципом*, що забезпечує певний другорядний публічний інтерес, може бути збалансованим з конституційним принципом, який гарантує право індивіда» (Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 82 (курсив додано)). Більше того, він не згадує формальні принципи взагалі, де він обговорює кінцеве встановлення розсуду в «Постскрипті» (Alexy, 'Postscript' (n. 1), 395-6). Формальні принципи застосовуються тільки в розділі про перегляд оцінного розсуду (там само, 414-25).

⁵ Слід визнати, що ідея вибору тут припускає дуже складний психологічний процес, в якому переплітаються елементи вільних рішень і відчуття зобов'язань, а також різних пізнавальних та емоційних елементів. Про «вибір» релігійної або моральної позиції див. Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 400-2.

покриття з міркувань моди¹. Однак індивід, не зобов'язаний зайняти позицію, заявивши про свою прихильність до тієї чи іншої релігії, атеїзму або будь-якої філософії життя (світогляд); він чи вона може залишатися абсолютно байдужим(ою), коли релігія є стурбованою. Визначення щодо певної релігії, атеїзму або щодо конкретної філософії життя є соціальним фактом. Однак конституційний захист цієї позиції означає, що цей соціальний факт має бути відображений у правовій сфері. Оскільки релігійна позиція особистості користується тільки *prima facie* захистом, вона описує цілі, що мають бути досягнуті. Визначившись із певною релігією, атеїзмом або конкретною філософією життя, індивід конкретизує мету досягти свободи релігії та совісті, як це передбачено в Конституції. Ця мета, яка має бути досягнута, може обмежити інші конституційні права чи колективні блага, передбачені в конституції² — незалежно від комбінації будь-яких інших принципів. Таким чином, релігійна свобода також може бути зрозуміла, принаймні, в широкому сенсі, як незалежний формальний принцип.

II. Залежні формальні принципи

Найбільш важливим прикладом залежних формальних принципів є ті принципи, які в дослідженнях принципів використовуються при перегляді компетенції законодавця. Таким чином, я повинен зосередитися на цих принципах в цьому розділі. По-перше, принцип, що використовується в перегляді влади чи розсуду законодавця та його наслідків у балансуванні, вимагає пояснення того, як залежність цього принципу буде аналізуватися.

1. Принцип, що використовується при перегляді розсуду законодавця

Феномен розсуду в теорії принципів — це феномен, який має місце при перегляді рішення про балансування. Його можна проілюструвати за допомогою прикладу, наведеного вище³, щодо конкуренції принципу охорони навколишнього середовища і свободи підприємництва як двох змістовних принципів. Розгорнемо цей приклад далі: парламентський статут вимагає, щоб відхідний газ, що походить від промислового виробництва, не містив більше певної кількості діоксиду сірки. Тут є не тільки конфлікт між принципом охорони навколишнього середовища і принципом свободи підприємництва; є також парламентський статут, що вважається владною спробою вирішити конкуренцію цих принципів за умови фактів, описаних у парламентському статуті.

а) Відносна влада рішень парламенту

У правовій системі, в якій жоден суд не уповноважений переглядати рішення парламенту, влада парламенту є абсолютною. Розсудливість, в якій був би сенс, не відіграє тут ніякої ролі. Проте у правових системах, в яких конституцій-

¹ Див. про носіння ісламського покриття як захищеного релігійною свободою згідно з ЄКПЛ, Рішення про прийнятність ЄСПЛ від 15 лютого 2001 р., Application No. 42393/98, *Dahlab v Switzerland*; Рішення ЄСПЛ від 10 листопада 2005 р., Application No. 44774/98, *Leyla Sahin v Turkey*, (2006) E.L.R. 73.

² Див. про таку модель: М. Borowski, 'Der Grundrechtsschutz des religiösen Selbstverständnisses', А. Haratsch, N. Janz, S. Rademacher, S. Schmal, and N. Weiß (eds), *Religion und Weltanschauung im säkularen Staat* (Kohlhammer: Stuttgart et al, 2001), 49-80, at 63-80; Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 251-91.

³ Див. В. І.

ний суд¹ уповноважений переглядати акти парламентського законодавця, питання полягає в тому, чи має рішення парламенту щодо балансування принципів якусь владу взагалі. Цього не було б у випадку, якби конституційний суд прийняв рішення з питання про збалансованість без будь-якого розгляду рішення парламенту і згодом виміряв би рішення парламенту за показниками власного рішення. Рішення парламенту не було б нічим більшим, ніж простою спробою збалансувати відповідні принципи правильно, не маючи при цьому самостійної ваги. На тлі того, що парламент може претендувати на пряму демократичну легітиміацію, інтерпретація парламентських статутів як таких, що не мають самостійної ваги, навряд чи витримує критику. Таким чином, компроміс між цими двома крайнощами — абсолютною владою і відсутністю влади взагалі — вдається розумним: виявлення відносної влади балансувати рішення парламенту. Ця відносна влада обумовлена формальним принципом, що вимагає *prima facie* поважати рішення парламентського законодавця про балансування².

б) *Свобода дій з урахуванням формального принципу*

Щоб проілюструвати, як «розсуд» викликається формальним принципом, згаданим вище, може бути виокремлено три сценарії. Розгляд формального принципу має ефект додавання ваги до одного з двох змістовних принципів³. До якого змістовного принципу додається вага, залежить просто від рішення парламентського законодавця.

Будемо говорити, що, з точки зору конституційного суду, в балансуванні конституційних принципів охорони навколишнього середовища та свободи підприємництва максимальний вміст діоксиду сірки у відхідних газів є X проміле. По-перше, якщо припустити, що парламентський статут передбачає саме цей ліміт, то статут, очевидно, відповідає стандарту перегляду. Розсуд не під питанням. Однак статут може забезпечити більш високий або низький ліміт.

По-друге, якщо припустити, що парламентський статут, визнаючи особливо екологічно орієнтовану політику, встановлює більш низький ліміт, X-n проміле SO₂, цей закон не є сам по собі неконституційним. Навпаки, він виявиться конституційним, якщо змістовний принцип охорони навколишнього середовища в поєднанні з формальним принципом вимагає *prima facie*, щоб рішення парла-

¹ Тобто суди, які уповноважені здійснювати конституційний нагляд. В австрійській і німецькій моделі централізованого конституційного контролю це повноваження зберігає централізований конституційний суд; у децентралізованій моделі це повноваження розподіляється між більшою кількістю судів судової системи в цілому. Див. про ці дві моделі конституційного контролю: Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill: Indianapolis, Kansas City, and New York, 1971), 46-51 and 69-77.

² Про цей принцип див., наприклад, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 82, 191-2, 313. Рішення про балансування спирається на приписування ваги принципам виходячи з обставин конкретної справи. Це приписування ваги залежить, у свою чергу, від аналітичних, емпіричних і нормативних посилок. Якщо надається, приміром, розсуд відносно емпіричних посилок рішення про балансування (див., наприклад, 'Postscript' (n. 1), 414-5), то це один з аспектів всього процесу балансування. Навіть якщо виходить з ладу весь процес балансування при прийнятті рішень з епістемних, нормативних та аналітичних посилок, формальний принцип, вимагаючи *prima facie* того, щоб ці рішення поважалися, залишається залежним формальним принципом. Посилки актуальні тільки тому, що вони є посилками, на які спирається рішення законодавця про балансування.

³ У прикладі два принципи, що баланшуються законодавцем, є змістовними принципами. Слід відзначити, що принципи, що баланшуються парламентським законодавцем, необов'язково є змістовними принципами. Ці принципи також можуть бути незалежними формальними принципами. Це означає, що балансування, здійснене парламентським законодавцем, може об'єднати будь-яку кількість змістовних або незалежних формальних принципів, від двох і більше.

ментського законодавця про балансування, яке має поважатися, переважало свободу підприємництва як змістовний принцип при X -n проміле SO_2 .

По-третє, якщо припустити, що парламентський статут, визнаючи політику сприяння високому економічному зростанню, встановлює більш високий ліміт, X_{+n} проміле SO_2 . Знову ж, цей статут не є сам по собі неконституційним. Формальний принцип, який вимагає *prima facie*, що рішення парламентського законодавця про балансування, яке має поважатися, додавало вагу до свободи підприємництва так, щоб ці два принципи, взяті разом, могли переважити змістовний принцип охорони навколишнього середовища.

Чи додає формальний принцип достатню вагу для відповідного змістовного принципу, так щоб обидва вони переважували інший змістовний принцип на X -n проміле SO_2 , або X_{+n} проміле SO_2 , залежить від ваги двох змістовних принципів і ваги формального принципу в цих обставинах. Чим більша вага надається формальному принципу, тим більше рішення парламентського законодавця може відійти від результату балансування змістовних принципів самих по собі. Коротше: більша свобода дій надається парламентському законодавцю.

2. Залежність формального принципу, що використовується при перегляді розсуду при балансуванні

Формальний принцип, який вимагає *prima facie*, що рішення парламентського законодавця про балансування має поважатися, відноситься, за своєю природою, до конкуренції між двома або більше принципами. Якби не було жодної конкуренції між щонайменше двома принципами, то, за визначенням, не було б рішення про балансування. Таким чином, цей формальний принцип може додати тільки вагу на один бік при конкуренції принципів; він не може бути незалежним як один бік конкуренції.

Оскільки цей формальний принцип обов'язково стосується балансування інших принципів, то можна розрізняти такі інші принципи, як принципи першого порядку¹ і залежний формальний принцип як принцип другого порядку. Це не означає, що слід розрізняти два різні рівні балансування: по-перше, балансування принципів першого порядку і, по-друге, балансування цього результату з принципом другого порядку. Моделлю, яка виступає в більшості праць з теорії принципів, є модель балансування всіх відповідних формальних і змістовних принципів в один крок². Однак таке балансування в один крок не може приховати той факт, що різні види принципів розглядаються в цьому балансуванні: змістовні та/або незалежні формальні принципи і залежні формальні принципи.

D. Висновок

«Право комбінації» Алексі вказує на важливу властивість формальних принципів, що використовуються при перегляді оцінного розсуду. Однак «право комбінації» належить до тих принципів не тому, що вони є формальними принципами, а тому, що це окремий випадок формальних принципів, у силу

¹ Такими «принципами першого порядку» можуть бути змістовні принципи та/або незалежні формальні принципи (див. виноску 3 на с. 145).

² Про цю модель та її переваги див.: Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung' (n. 68), 115-6.

свого змісту, залежно від балансування інших принципів. Є приклади формальних принципів, що не залежать від балансування інших принципів, і в цих випадках «право комбінації» не має застосування.

Боровські М. Конструкція формальних принципів у «праві комбінації» Роберта Алексі

Анотація. У цьому есе досліджуються конструктивні схожості та відмінності між формальними і змістовними принципами, а також те, чи можна пояснити ці відмінності «правом комбінації» Р. Алексі. Після огляду щодо розмежування між правилами і принципами розглядаються конструктивні характеристики формальних принципів. Останній розділ присвячений відмінностям формальних принципів, що є або незалежними, або залежними від балансування інших принципів. Стверджується, що існують приклади формальних принципів, що не залежать від балансування інших принципів, і в цих випадках «право комбінації» не має застосування.

Ключові слова: принцип, балансування принципів, змістовний принцип, формальний принцип, незалежний і залежний формальні принципи.

Боровски М. Конструкция формальных принципов в «праве комбинации» Роберта Алекси

Аннотация. В этом эссе исследуются конструктивные сходства и различия между формальными и содержательными принципами, а также то, можно ли объяснить эти различия «правом комбинации» Р. Алекси. После обзора по поводу разграничения правил и принципов рассматриваются конструктивные характеристики формальных принципов. Последний раздел посвящен различиям формальных принципов, являющихся или независимыми, или зависимыми от балансирования других принципов. Утверждается, что существуют примеры формальных принципов, не зависящих от балансирования других принципов, и в этих случаях «право комбинации» не применяется.

Ключевые слова: принцип, балансирование принципов, содержательный принцип, формальный принцип, независимый и зависимый формальные принципы.

Borowski M. The Structure of Formal Principles in Robert Alexy's «Law of Combination»

Summary. In this essay enquiry is made into the structural resemblances and differences between formal and substantive principles and whether the differences can be explain Alexy's «Law of Combination». After an outline of the distinction between rules and principles the structural characteristics of formal principles are examined. The last section is devoted to the distinction of formal principles that are either independent or dependent on the balancing of other principles. It is argued that there are instances of formal principles that are not dependent on the balancing of other principles, and to these cases the «Law of Combination» has no application.

Key words: principle, balancing of principles, substantive principle, formal principle, independent and dependent formal principles.

ЛОГІЧНІ ТЕОРІЇ РАЦІОНАЛЬНОЇ ПОВЕДІНКИ, ПРАВО І АРГУМЕНТАЦІЯ¹

Є. ЛИСАНЮК
*кандидат філософських наук,
доцент кафедри логіки
(Санкт-Петербурзький
державний університет, Росія)*



Логіку і право міцно пов'язують прагнення вивчити закономірності поведінки людей, здатні проявлятися неоднаково в різних сферах буття і мислення. Логік бажає встановити загальні канони процесів мислення і уточнити їх вплив на вчинки людей. Правознавець націлений виявити сталі зв'язки між нормативними системами, їх виникненням та функціонуванням у суспільстві, з одного боку, і соціально значущою поведінкою людини — з другого. Загальною підставою для дослідницьких прагнень правознавця і логіка виступає ідея про те, що раціональна інтелектуальна діяльність людини² лежить в основі як її поведінки, частиною якої вона виступає, так і створюваних і підтримуваних людьми нормативних систем, причини виникнення, ролі і форми реалізації яких є різноманітними.

Наріжним каменем логічного моделювання різноманітної поведінки людей служать дві центральні категорії логічної науки: логічне значення, або істина, і логічне слідування, або відношення необхідного характеру між засновками міркування і його висновком. Ці дві категорії відіграють центральну роль у логіці, бо саме вони й складають об'єкт вивчення цієї науки, тоді як поведінка людей становить один із її предметів, і ці предмети можна представляти по-різному. Саме про це і піде мова далі.

¹ Дослідження підтримано РДНФ, проект № 12-03-00196а.

У статті розвинуті деякі ідеї моєї доповіді (див.: *Lisanyuk E. Three faces of deontic logic in law // Simposio Intenational de Filosofia del Derecho 'Racionalidad en el Derecho' 5–7 Mayo 2014 Buenos Aires Facultad de Derecho (UBA). S. 205–221*). Я висловлюю вдячність учасникам Міжнародного симпозіуму «Rationality in Law» Є. Булігіну, М. Антонову, Р. Гібуру, Н. Зулете, Р. Карачоло, Х. П. Алонсо, Х. Л. Монте та іншим учасникам дискусії за цінні коментарі. Переклад з російської В. Титова.

² Розумний, раціональний та інтелектуальний агент і відповідна агентна поведінка — це терміни для позначення такого типу агентів/поведінки, який: а) (розумність) здатний сформулювати мету дії та способи її досягнення; б) (раціональність) здатний оцінити ефективність способів досягнення мети і вибрати оптимальний; в) (інтелектуальність) автономний і здатний заради досягнення поставленої мети вирішувати евристичні завдання, навчатися, здійснювати комунікацію і співпрацювати з іншими агентами [1; 2]. Агентом подібного роду можна розуміти людину, групу людей, організацію або інститут, а також програмні продукти.

У правознавстві ж, навпаки, об'єктом дослідження є поведінка людей, зокрема у формі створюваних ними інститутів держави і права, а одним із предметів науки про право виступають раціональні способи регулювання цієї поведінки, що включають в себе прийняття рішень на основі нормативних систем, його процедурні (процесуальні) та соціальні особливості. Ідея регулювання поведінки людей сьогодні часто трактується в дусі верховенства права [3], або верховенства закону [4], тобто на основі встановлення розумних ідеалів і раціональних правил поведінки людей та інститутів, що мають універсальні характеристики, при тому, що ці характеристики і правила можуть трактуватися по-різному [5]. Цілі своїх дій і лінії поведінки, спрямовані на їх досягнення, індивіди і групи людей, що розуміються як інтелектуальні агенти, формулюють з урахуванням того, що в суспільстві існують певні норми, які стосуються регулювання різних його сфер. Таким чином, змістовні цілі вчинків людей і дій інститутів, а також стратегії поведінки для їх досягнення можуть істотно розрізнятися залежно від того, чи йде мова про приватну сферу життя індивіда, відносини між громадянином і будь-яким державним інститутом або про взаємодію держав. Незважаючи на це, процес формулювання лінії поведінки за допомогою прийняття рішень розуміється як встановлення необхідних або, принаймні, сталих зв'язків між цілями, нормативними обмеженнями і результатами дій. Подібного роду зв'язки, або закономірності, як у праві, так і в логіці, мисляться в дусі раціональних розумових процедур, ключовими поняттями моделювання яких виступають логічні поняття істини та слідування.

Обговоримо докладніше спочатку ці дві ключові категорії логіки, а потім перейдемо до уточнення ракурсів вивчення поведінки людей. Тим самим ми спочатку обговоримо різноманіття *понять* істинності і слідування, що конструюються в різних логічних теоріях, а потім перейдемо до розгляду питання про те, стосовно яких саме предметів дослідження — ракурсів аналізу поведінки людей — неоднаковість цих понять відіграє найбільш вагомий роль. Буде виділено такі три ракурси поведінки:

- а) ситуація або дія, що її спричинила;
- б) діяльність людини як така, що складається з формулювання переваг і їх реалізації у вчинках — діях;
- в) сама людина — діяльнісний інтелектуальний агент, здатний конструювати лінії поведінки, вибрати найбільш переважну з них, реалізуючи її у своїх вчинках.

Ці три ракурси вивчення раціональної поведінки людей (а) — (в) умовимося для стислості називати відповідно ситуаціями, діяльністю і агентом. Чому саме ці три ракурси? Відповідь проста, і полягає в тому, що в логічних теоріях, які моделюють виникнення й розвиток нормативних систем, а також поведінку людей в умовах їхнього існування, служать своєрідним вододілом між тим, як можна визначити поняття істини та поняття слідування.

Чому саме категорії істини і слідування відіграють центральну роль у логіці? Тому що за допомогою створення в рамках конкретних формальних теорій визначень відповідних *понять* — істиннісних значень і виводимості — на їх основі можна вирішити відразу два головних завдання логіки, — семантичне і синтаксичне.

Вирішення першого, або семантичного, завдання, полягає в тому, що за допомогою логічних значень, що зіставляються пропозиціям, які служать

засновками і висновками міркувань, можна ці пропозиції «звести до спільного знаменника», незалежно від того, чи описують вони ситуацію, дію і т. ін. Саме тому «вік» символічної логіки відраховують від Дж. Буля і Г. Фреге. Дж. Буль першим запропонував з метою побудови числень зіставляти пропозиціям чисельні значення, а Г. Фреге провів чітку межу між сенсом пропозиції та її логічним значенням.

Вирішення другого завдання полягає в тому, що за допомогою логічних значень серед безлічі способів переходу від засновків до висновку можна визначити ті з них, де значення «істина» переноситься в ході міркування від засновків до висновку, і, тим самим, необхідність отримання висновку зберігається незалежно від змісту пропозицій у засновках і висновках. Суперечка логіків про те, яке ж із цих двох понять (істина або слідування) є більш важливим для логічної науки, розпочалася наприкінці XIX ст. разом із зародженням математичної логіки, і продовжується донині. Обидві групи представлені впливовими авторами, котрі явним чином віддають пальму першості або істині, як, наприклад [6], або слідуванню [7].

Однак той факт, що в рамках відповідних формальних теорій визначити ці поняття можна по-різному, тягне безліч питань як суто формального, так і філософського характеру. До суто формальних завдань належить питання про зв'язок між формальними теоріями, що висувують різні визначення. Таке завдання може бути успішно вирішене технічними засобами, наприклад за допомогою занурення однієї теорії в іншу¹, коли в результаті виходить нова формальна теорія, або за допомогою бісимуляцій², покрокового зіставлення алгоритмів, заданих цими теоріями. Обидва способи мають істотні обмеження у використанні, бо можуть бути застосовані не для будь-якої пари формалізмів.

У чому ж виявляється це розходження в розумінні істини і слідування? Відзначимо, що говорячи про існування нетотожних одне одному коректних визначень цих понять, ми не маємо на увазі той випадок, коли пропозиція, істинна в одній формальній теорії, є хибною в іншій. У такій ситуації немає нічого дивного, вона цілком можлива, бо пов'язана не з різними визначеннями істини, але з різними моделями, що служать для інтерпретації формалізмів, в яких істиннісне значення висловлювань служить одним із корелятивів для визначення слідування. Інакше кажучи, щодо одного класу моделей, які становлять якусь сукупність описів уявних положень справ у даній формальній теорії, що розглядається, пропозиція істинна, але вона може бути неістинною щодо іншого класу моделей. «Якщо висловлювання A істинне в деякій моделі M , то ця істинність вважатиметься аналітичною, якщо і тільки якщо A істинне у всіх моделях, ізоморфних M (що, звичайно, не виключає ані істинності, ані хибності A в моделях, неізоморфних M)» [10, с. 27].

Інша справа працювати зі слідуванням, рефлексивним, транзитивним і несиметричним відношенням між засновками і висновком, що також задається відносно деякої моделі (класу моделей), що служать для інтерпретації пропозицій — правильно побудованих виразів цієї теорії. Однак на відміну від безпосереднього приписування логічного значення даній пропозиції щодо якоїсь моделі, відношення слідування пов'язане з такою моделлю опосередковано. Так, класичне визначення слідування A . Тарського говорить: «пропозиція X логічно

¹ Див., наприклад [8].

² Класичним результатом у сфері є теорема Й. ван Бенгема про бісимуляції (див.: [9]).

впливає з пропозицій класу К, якщо і тільки якщо кожна модель класу К є також моделлю пропозиції Х» [11, с. 417]. Це означає, що й істинність, так само як і неістинність пропозицій, а також логічне слідування як формальне відношення між істинними пропозиціями, що зберігає це значення, — все це може бути строго визначено лише в рамках формальної теорії, яка містить формальну мову, щоб відрізнити правильно побудовані вирази від неправильних, модель для означування пропозицій і непорожній набір постулатів — аксіом і правил виводу, за допомогою яких можна отримувати теореми — нові істинні пропозиції, що належать даній формальній теорії. Таким чином, формальний і необхідний характер відношення логічного слідування презюмує наявність формальної теорії та семантичної теоретико-модельної інтерпретації її структурних елементів.

Разом із тим, оскільки є значна кількість формальних теорій, в яких розрізняються і семантичні моделі, і набори постулатів, що визначають відношення слідування, остільки важливо уточнити два питання. По-перше, у чому саме полягають ці відмінності, і по-друге, яку роль вони відіграють у прикладному аспекті, коли конкретні формальні теорії використовуються для аналізу змістовних відношень, приміром у праві.

Прикладом подібних відмінностей можуть служити аксіома Кріпке, або К-аксіома, постулат (N), який поряд із К-аксіомою часто називають постулатом нормальності; так звана «деонтична аксіома», філософським вираженням якої виступає кантівський постулат свободи волі — «повинен, значить можеш»:

(Деонтична аксіома) $\Box\phi \supset \Diamond\phi^1$.

Постулати (N) і (~~N~~) відіграють важливу роль у так званих stit-системах:

(N) $[\alpha \text{ cstit } T]$
 (~~N~~) $\neg[\alpha \text{ cstit } T]^2$.

Постулат (N) свідчить, що агент *стежить за тим, щоб* (аббревіатура від англ. *sees to it that*) виконати істинне речення T, а постулат (~~N~~) відхиляє цю вимогу. Тим самим у логічних теоріях, де приймається постулат (N), мається на увазі, що агент діє в умовах детермінізму, а в теоріях, де приймається постулат (~~N~~), агент завжди знаходиться в умовах вибору з доступних йому альтернативних ліній поведінки.

Розглянемо розмежування, що впливають з К-аксіоми, у зв'язку з двома запитаннями, поставленими вище, а саме, у зв'язку з відмінностями в розумінні істини і слідування й тим, яку роль ці відмінності відіграють у контексті вивчен-

¹ Тут символи \Box і \Diamond використовуються для позначення алетичних модальностей необхідності й можливості відповідно, а символ \supset для позначення імплікації, тобто цей вираз читається так: «якщо необхідно ϕ , то можливо ϕ ».

² Символ (~~N~~) позначає постулат, обернений постулату (N). Аналогічно, символ (~~правило Гьоделя~~) позначає постулат, обернений постулату (правило Гьоделя). Закреслювання в цій символіці призначене для того, щоб продемонструвати, що один із постулатів береться замість іншого. З цієї причини закреслювання не слід ототожнювати із запереченням у логічному сенсі, хоча такі постулати й можуть скласти пару, в якій один із них є запереченням іншого, як у випадку з (N) і (~~N~~); однак (~~правило Гьоделя~~) і (~~правило Гьоделя~~) такої пари не складають.

ня логічних аспектів права¹. Як впливає з міркування про роль поняття логічного значення для дефініції поняття логічного слідування, визначення слідування та визначення істинності на моделі пов'язані між собою в рамках формальної теорії, і визначення слідування найчастіше спирається на визначення істинності, хоча в деяких теоріях буває і навпаки. В силу цього зв'язку ми уточнимо відмінності в розумінні слідування, і цього нам буде достатньо для відповіді на обидва питання.

Почнемо з аксіоми Кріпке:

$$(K) \quad \Box(\varphi \supset \phi) \supset (\Box\varphi \supset \Box\phi).$$

Аксіома (K) виступає в ролі формальної межі між нормальними модальними системами, в яких модальний фрагмент вводиться за допомогою правила Гьоделя:

$$\text{(правило Гьоделя)} \quad \frac{\varphi}{\Box\varphi^2}$$

і слабо-нормальними (ненормальними) системами, де замість цього правила діє інше правило, а саме ~~(правило Гьоделя)~~:

$$\text{(~~правило Гьоделя~~)} \quad \frac{\varphi \equiv \phi}{\Box(\varphi \equiv \phi)}.$$

В усіх нормальних модальних численнях, де приймається аксіома K і (правило Гьоделя), відношення слідування визначається з урахуванням цих постулатів, а в ненормальних системах воно визначається інакше і відповідно до іншого набору постулатів, включаючи і ~~(правило Гьоделя)~~; тому набір теорем, що можуть бути доведені в цих двох групах систем, є різним. Отже, знайдеться непорожня множина істинних пропозицій, доведених у нормальних системах, та недовідних у ненормальних, і навпаки.

Згадаймо тепер, що стандартні абсолютні деонтичні системи врігтівського типу спочатку були сформульовані Г. фон Врігтом здебільшого в руслі аналогії з модальними алетичними системами, стосовно яких за допомогою аксіоми Кріпке зазвичай і проводиться розмежування між нормальними і ненормальними системами. Подібне розмежування має місце і в деонтичних системах [12, с. 390–397]. Конкретний нормативний кодекс як якийсь збірник норм, сформульоване і введене в дію законодавцем, зрозуміло, не є ані формальною теорією, ані нормативною системою у строгому сенсі, хоча часто терміни «нормативний кодекс» і «нормативна система» використовують як синоніми. В останньому випадку, щоправда, мова може йти про більш широке розуміння системи, ніж тоді, коли обговорюють її логічні властивості і розуміють її у строгому сенсі. Проте будь-який нормативний кодекс може бути вивчений логічними засобами і впорядкований щодо певної сфери свого застосування³ таким чином, що вирі-

¹ Обговорення двох інших постулатів в аналогічному ключі наведено в [12, с. 390–395] і [13] відповідно.

² Цей вираз читається так: «якщо істинне φ , то істинне $\Box\varphi$ ».

³ Упорядкування нормативного кодексу (щодо деякої моделі — набору описів родових/ідеальних випадків) має на увазі, що в ньому виділено безліч основоположних постулатів (аксіоматичний

шення конкретних випадків буде представлено як отримання логічних наслідків із впорядкованої відповідним чином нормативної системи (у строгому сенсі). Приклад такого дослідження — «Нормативні системи» К. Альчуррона і Є. Булигіна [15, с. 92]. К. Альчуррон і Є. Булигін спираються на одну з нормальних діадичних деонтичних логік врігтівського типу, і відношення логічного слідування використовується ними для упорядкування (замикання) системи, що визначається постулатами даного конкретного формалізму.

Разом із тим немає жодних перешкод логічного характеру для того, щоб для упорядкування одного і того ж кодексу застосувати різні формалізми, і тоді рішення, отримані за допомогою дедуктивного виведення наслідків із впорядкованої двома різними способами нормативної системи, можуть відрізнитися одне від одного [16, с. 30–31]. Ця обставина — допустимість нетотожних один одному формальних способів упорядкування кодексів — особливо гостро стоїть у разі внесення змін до кодексу, коли при заміні однієї норми на іншу з метою збереження несуперечливості кодексу необхідно забезпечити, щоб усі логічні наслідки норми, що усувається, також були усунені з кодексу [17].

Більше того, через те, що в ненормальних системах не приймається К-постулат і (правило Гьоделя), у таких системах взагалі неможливе логічне упорядкування (замикання) кодексу на основі операції прийняття наслідків, як це відбувається з нормальними системами. У ненормальних системах подібне упорядкування норм та інших структурних елементів нормативної системи можливе тільки за допомогою симетричного відношення, наприклад відношення рівності. Інакше кажучи, якщо нормальна формальна система підходить для того, щоб аналізувати ієрархію норм усередині кодексу, то ненормальна — ні, хоча відношення слідування в ній визначено. Правда, ненормальні системи, на відміну від нормальних, більш адекватні для цілей моделювання епістемічних контекстів і установок агентів [18, с. 381–383], а також, у цілому, для і агентно-орієнтованих ситуацій [19], про що мова ще піде далі.

Таким чином, різниця формальних властивостей логічних теорій, що впливає з різного набору постулатів, що служать у них аксіоматичним базисом, веде до того, що в рамках центральних логічних категорій істини і слідування виявляється можливим сформулювати нетотожні одне одному визначення цих понять. І якщо незначними відмінностями в наборах аксіом можна в деяких випадках знехтувати, наприклад розходженнями між формальними системами всередині сімейства нормальних систем, то К-аксіома служить свого роду межею між формальними теоріями, логічні властивості відношення слідування в яких різняться досить глибоко.

Інший висновок з обговорення особливостей формальних теорій у зв'язку з аксіомою Кріпке і правилом Гьоделя полягає в тому, що різноманіття логічних теорій можна у філософському аспекті трактувати по-різному. Наприклад, в онтологічному ключі, і вважати, що все існуюче, яким би різноманітним воно не було, є необхідним, оскільки воно існує [20, с. 9]. Деякі вчені розглядають це різноманіття в епістемічному ключі. «Об'єктивний» і «суб'єктивний» аспекти аналізу інтенціонального компонента значення виразів мають настільки різну природу, що їх не можна розглядати в рамках одного й того самого логічного

базис) і правил виведення, а решта пропозицій, норм і рішень можуть бути отримані як наслідки з них. Таке упорядкування служить логічною моделлю прийняття рішень у праві і має нормативний характер у рамках логічної науки, але є дескриптивним методологічним прийомом в науці про право [14, с. 52–53].

методу» [21, с. 288]. Багато логіків йдуть ще далі і говорять про когнітивне різноманіття, маючи на увазі, що логічний плюралізм¹ можна розуміти як вираження неоднакових епістемологічних статусів людей як раціональних агентів [23]. Особливо багатообіцяючими ідеї когнітивного плюралізму звучать стосовно аргументації [24; 14].

Більшість філософів і логіків вважають, що не існує універсальних понять істини і слідування, які лежали б в основі всіх логічних теорій, і прагнення сформулювати такого роду поняття споріднені спробам створити вічний двигун. Подібний плюралізм необов'язково веде до релятивізації і дефляції понять істини і слідування не в силу прагнення зберегти видимість опори на їх класичні версії [25], але тому, що вони, як і раніше, виступають як раціональні ідеали і стимулюють спроби сконструювати нові формалізми, здатні уточнити ці поняття [26].

Деонтичні системи, призначені для аналізу (а) ситуацій та (б) діяльності, належать до об'єкт-орієнтованих формальних теорій, на відміну від тих, що фокусуються на агентах, агент-орієнтованих формалізмах [27]. Розмежування між об'єкт- і агент-орієнтованими теоріями прийшло в логіку з комп'ютерної науки, і воно вказує на те, яким чином розуміється мета створення формалізму або програмного продукту. В об'єкт-орієнтованих теоріях мається на увазі, що конструйований формалізм має універсальний характер і, якщо мова йде про формалізми, що моделюють поведінку людей, то такий формалізм охоплює усіх без винятку суб'єктів. Цей універсалізуючий і узагальнюючий підхід у певному сенсі відображає класичне (у філософії), або стандартне (у логіці) розуміння наукового знання². Однак у ХХ ст. дедалі більшого поширення набувають агент-орієнтовані формалізми, призначення яких полягає в тому, щоб побудувати модель чи програму, яка алгоритмізує предметну сферу з точки зору її суб'єкта або користувача [29]. В основі такого підходу лежить філософська ідея про різноманіття суб'єктів [30], підхоплена свого часу і когнітивною наукою, ідея, яка спирається на вже згадуваний вище кантівський постулат автономії волі і на концептуальну напругу між детерміністським і індетерміністським трактуванням свободи волі:

«Отже, відмінність між законами такої природи, якій підпорядкована воля, і такої природи, яка *підпорядкована волі* (щодо ставлення волі до її свободних вчинків), покоїться на тому, що в першому випадку об'єкти мають бути причиною уявлень, які визначають волю, а у другому — воля повинна бути причиною об'єктів, так що причинність цієї волі має свою визначальну підставу виключно у здатності чистого розуму, яка з огляду на це може бути названа також чистим практичним розумом» [31, с. 159].

Об'єкт-орієнтовані формалізми — це детерміністські логічні теорії, до них належить більшість логічних теорій, включаючи стандартні алетичні та деонтичні модальні системи. Агент-орієнтовані формалізми — продукт індетерміністських концепцій, метою яких є моделювання раціональної поведінки в умовах свободи волі і, як правило, в умовах обмеженої або недостатньої інформації для реалізації свободи вибору. Таке інформаційне обмеження відображає особливість практичної ситуації вибору агентом лінії поведінки, хоча воно й пов'язане зі створенням досить громіздких формалізмів³. Однак настільки висо-

¹ Див.: [22].

² Див.: [28].

³ Див., наприклад: [32].

ка технічна «ціна» дозволяє уникнути однієї з головних загроз для деонтичних систем детерміністського стилю — проблеми логічного всезнання¹, деонтичну версію якої можна назвати проблемою виконання всіх норм кодексу. Коротенько суть цієї проблеми полягає в тому, що якщо операція прийняття наслідків є єдиною операцією породження нових пропозицій у системі, то агент, знання якого моделює ця система, знає всі логічні наслідки пропозицій, які він знає. Ця епістемічна версія прямо впливає з К-аксіоми і (правила Гьоделя). У деонтичній версії її можна трактувати таким чином, що коли законодавець уводить у дію якийсь нормативний кодекс, то тим самим він уводить у дію також усі наслідки з усіх норм цього кодексу [15, с. 162 і далі].

Агентна деонтична версія проблеми логічного всезнання безпосередньо пов'язана з розмежуванням між нормальними і слабо-нормальними системами, розглянутим вище. Ця версія говорить про те, що агент в умовах нормативної системи, впорядкованої за допомогою операції прийняття наслідків, з необхідністю виконує всі адресовані йому норми, і ніякі порушення норм йому недоступні [12, с. 405]. Абстрагуватися від особливостей виконання норм агентами, яким ці норми адресовані, вельми корисно для вивчення властивостей кодексів норм, але такий шлях обертається тупиком, коли предметом вивчення є раціональна поведінка агентів в умовах існування норм. Таким чином, розмежування між агентно-орієнтованими, або індетерміністськими, і об'єкт-орієнтованими, або детерміністськими системами, — це відмінність предметів дослідження, наслідком якого є той факт, що для вивчення різних предметів створені різні логічні теорії². Для вивчення особливостей раціональної поведінки в умовах норм придатні логічні теорії, які мають достатні виразні можливості, щоб моделювати як самі нормативні кодекси, так і їх застосування на практиці. Деонтичні формалізми, що репрезентують кожен із трьох ракурсів логічного вивчення раціональної поведінки, наведені в таблиці разом із перевагами і обмеженнями, властивими відповідним теоріям. Об'єкт- і агент-орієнтовані теорії розділені подвійний ризикою між відповідними клітинками таблиці.

Таблиця

Переваги та обмеження логічних теорій у світлі дослідження раціональної поведінки агентів

Об'єкт	Логічна теорія	Концепції	Переваги	Обмеження
Ситуація	Логіка норм	Логіка норм К. Альчуррона ³ ; AGM	Логічні властивості нормативних систем/кодексів та їх модифікації	Непридатні для моделювання свободи волі/вибору
	Деонтична логіка	Стандартні деонтичні системи ⁴	Логіка міркувань про норми та нормативні кодекси	Непридатні для моделювання агентних преференцій

¹ Див. про це, наприклад: [33].

² Австрійський логік Е. Маллі в 1926 р. спробував побудувати деонтичне числення Деонтику (*Deontik*), в якому сполучалися б ідеї свободи волі агента і необхідної обумовленості його вчинків нормами, проте його спроба була невдалою (див.: [34; 27]).

³ Див.: [15].

⁴ Системи врігтівського типу, а також система Андерсона-Кангера [12].

Закінчення таблиці

Об'єкт	Логічна теорія	Концепції	Переваги	Обмеження
Діяльність	Логіка дій з деонтичними модальностями	Динамічні деонтичні логіки з перевагами ¹	Поведінка/міркування в умовах норм із врахуванням переваг/пріоритетів	Непридатні для моделювання багатоманіття агентів
Агент		stit-теорії ²	Поведінка в умовах норм із врахуванням свободи волі	Вимагаються складні гібридні семантичні формалізми

На завершення статті мені хотілося б підкреслити, що ідея логічного (або когнітивного) різноманіття, про яку тут йшлося у зв'язку з логічними поняттями істини і слідування, не має на увазі ні того, що категорії істини і слідування в логіці потребують перегляду, ні того, що таке різноманіття веде до суб'єктивізму й анархії. «Некритичне змішування досліджень, що стосуються виражальних можливостей мов формальних систем, з конструюванням “апріорних” онтологій таїть у собі небезпеку регресу до кантівської догматичної онтології... Онтологізація методу тягне заперечення раціональних підстав для порівняння різних “онтологій”, кожна з яких виправдовується своїм методом, і, як наслідок, веде до скептицизму і релятивізму» [10, с. 35]. Чому наявність різних визначень істини і слідування не веде до перегляду категоріального апарату логіки? Відповідь полягає в тому, що різноманіття логічних теорій не скасовує ні єдиного раціонального ідеалу, вираженого в них, ні можливості того, що надалі будуть побудовані формалізми, ще більш багаті в сенсі виразної сили, в яких будуть знайдені більш точні визначення істини та слідування. Чому різноманіття логічних теорій не означає ані суб'єктивізму, ані релятивізму? Тому що таке різноманіття не має на увазі некоректних визначень і трактувань зазначених понять, і з цієї причини, взятої разом із міркуванням про існування відповідних раціональних ідеалів, воно ставить завдання в галузі аргументації як різновиду раціональної поведінки інтелектуальних агентів. Аргументація, яка трактується в руслі взаємодії інтелектуальних агентів — людей, інститутів, експертних систем тощо, і яка спирається на ту чи іншу формальну теорію, здатна стати тим ефективним інструментом, який дозволить реалізувати комунікативний потенціал правового регулювання в суспільстві і тим самим послужити раціональним механізмом визнання різноманіття нормативних систем у суспільстві, як інституціалізованих, так і особистих.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Тарасов В. Б.* От многоагентных систем к интеллектуальным организациям: философия, психология, информатика / В. Б. Тарасов. — М. : Эдиториал УРСС, 2002.
2. *Поспелов Д. А.* От коллектива автоматов к мультиагентным системам / Д. А. Поспелов // Proc. of the Intern. Workshop 'Distributed Artificial Intelligence and Multi-Agent Systems' DAIMAS'97. — June 15–18, 1997. — St Petersburg, Russia. — P. 319–325.

¹ Див.: [35].

² Див.: [36].

3. Максимов С. И. Верховенство права как глобальный идеал и как направление развития постсоветских систем / С. И. Максимов // Правовое государство и ответственность личности / под ред. С. И. Дудника, И. Д. Осипова. — СПб., 2011. — С. 52–60.
4. Осипов И. Д. Идея правового государства в европейской философии / И. Д. Осипов // Вестн. С.-Петерб. гос. ун-та, 2013. — Сер. 17. — Вып. 3.
5. Антонов М. В. О системе и отраслях законодательства / М. В. Антонов // Право и экономика. — 2011. — № 3.
6. Shramko Y. Truth values, Stanford Encyclopedia of Philosophy / Y. Shramko, N. Wansing ; ed. by E.Zalta (2014) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://plato.stanford.edu/entries/truth-values/#1.2>.
7. Карпенко А. С. Предмет логики в свете основных тенденций ее развития / А. С. Карпенко // Логические исследования. — 2004. — Вып. 11. — С. 150–173.
8. Маркин В. И. Погружение воображаемой логики Н. А. Васильева в кванторную трехзначную логику / В. И. Маркин // Логические исследования. — М., 2000. — Вып. 7.
9. Гончарко О. Ю. Синтаксические возможности взаимовыразимости временных и алетических модальностей / О. Ю. Гончарко // Изв. Рос. гос. пед. ун-та им. А. И. Герцена. — 2009. — № 97. — С. 196–201.
10. Драгалина-Черная Е. Г. Онтологии для \forall беляра и Элоизы / Е. Г. Драгалина-Черная. — М. : НИУ ВШЭ, 2012.
11. Tarski A. Logic, Semantics, Metamathematics / A. Tarski. — Indianapolis, 1983.
12. Лисанюк Е. Н. Деонтическая логика / Е. Н. Лисанюк // Логика : учебник / под ред. А. И. Мигунова, И. Б. Микиртумова, Б. И. Федорова. — М. : Проспект, 2010. — С. 377–424.
13. Лисанюк Е. Н. Логика ответственности / Е. Н. Лисанюк // Философия ответственности / под ред. Е. Н. Лисанюк, В. Ю. Перова. — СПб. : Наука, 2014. — С. 111–145.
14. Лисанюк Е. Н. Логические аспекты презумпций системности права / Е. Н. Лисанюк // Изв. вузов. Правоведение. — 2014. — № 1 (310). — С. 43–57.
15. Альчуррон К. Нормативные системы / К. Альчуррон, Е. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Альчуррон, Е. Булыгин, Д. Макинсон, П. Герденфорс ; ред., сост., пер. с англ., нем., исп., под ред. Е. Н. Лисанюк ; предисл. (в соавт. с М. В. Антоновым). — СПб. : Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2013. — С. 44–210.
16. Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм / Е. Н. Лисанюк // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / под ред. Е. Н. Лисанюк. — СПб. : Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2013. — С. 4–43.
17. Альчуррон К. Иерархии правил и их логика / К. Альчуррон, Д. Макинсон ; пер. с англ. А. Е. Гомановой, Е. Н. Лисанюк // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Альчуррон, Е. Булыгин, Д. Макинсон, П. Герденфорс ; ред., составл., пер. с англ., нем., исп., под ред. Е. Н. Лисанюк. — СПб. : Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2013. — С. 262–287.
18. Микиртумов И. Б. Модальная логика / И. Б. Микиртумов // Символическая логика : учебник / под ред. Я. А. Слина, Э. Ф. Караваева, А. И. Мигунова. — СПб. : Изд-во С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. — С. 345–397.
19. Лисанюк Е. Н. Лояльный агент и отменяемость в деонтической логике / Е. Н. Лисанюк // Известия УрФУ. Сер. 3, Общественные науки. — 2014. — Т. 1 (125). — С. 32–44.
20. Williamson Timothy. Modal Logic as Metaphysics / Timothy Williamson. — Oxford : Oxford University Press, 2013.

21. *Микиртумов И. Б.* Теория смысла и интенциональная логика / И. Б. Микиртумов. — Изд-во С.-Петербур. гос. ун-та, 2006.
22. *Beall J. and G. Restall.* Logical Pluralism / J. Beall and G. Restall. — Oxford : Oxford University Press, 2006.
23. *Бентем Й. ван.* Логика и рассуждение: много ли значат факты? / Бентем Й. ван // Вопросы философии. — 2011. — № 12. — С. 63–77.
24. *Khomenko I.* Informal logic: Between Logic and Epistemology, Philosophy Study / I. Khomenko. — November, 2013. — Vol. 11. — P. 1051–1060.
25. *Слинин Я. А.* От Платона до Сартра. Поиски аподиктической истины / Я. А. Слинин. — СПб. : Наука, 2012. — 592 с.
26. *Нийнилуото И.* Истина. Абсолютная или относительная? / И. Нийнилуото ; пер. с англ. Е. Лисанюк, А. Савченко // Вестн. С.-Петербур. гос. ун-та. — Сер. 17. — 2013. — Вып. 4. — С. 16–28.
27. *Lisanyuk E.* Deontic 'cocktail' according to E.Mally's receipt / E. Lisanyuk // Logical Investigations 19 (2013). — С. 5–27.
28. *Béziau Jean-Yves,* ed. Universal Logic: an Anthology — From Paul Hertz to Dov Gabbay. — Springer, 2012.
29. *Швецов А. Н.* Агентно-ориентированные системы: от формальных моделей к промышленным приложениям / А. Н. Швецов [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ict.informika.ru/ft/005656/62333e1-st20.pdf>.
30. *Субъективность и идентичность* : кол. моногр. / под ред. А. В. Михайловского. — М. : Изд. Дом НИУ ВШЭ, 2012.
31. *Кант И.* Критика практического разума / И. Кант. — СПб. : Наука, 1995.
32. *Нечитайлов Ю. В.* Параллельная композиция в динамической логике игр с ограниченной рациональностью / Ю. В. Нечитайлов // Логические исследования. — 2003. — Вып. 10. — С. 142–149.
33. *Нечитайлов Ю. В.* О единстве основания проблемы логического всеведения / Ю. В. Нечитайлов // Вестн. С.-Петербур. гос. ун-та. — Сер. 6. — 2012. — Вып. 1. — С. 27–36.
34. *Mally Ernst.* Grundgesetze des Sollens: Elemente der Logik des Willens, Graz: Leuschner und Lubensky, Universitäts-Buchhandlung. Reprinted in Ernst Mally, Logische Schriften: Großes Logikfragment, Grundgesetze des Sollens, Karl Wolf and Paul Weingartner (eds.), Dordrecht: D. Reidel, 1971 (1926), pp. 227–324.
35. *Benthem J. van, D. Grossi F.* On the Two Faces of Deontics: Semantic Betterness and Syntactic Priority / Benthem J. van, D. Grossi F. // Research Reports of the Institute of Logic, Language and Computation, Amsterdam University, 2011. URL: <http://www.ilc.uva.nl/Research/Reports/PP-2011-29.text.pdf>.
36. *Horty John.* Agency and Deontic Logic / John Horty. — Oxford UP, 2001.

Лисанюк Є. Н. Логічні теорії раціональної поведінки, право і аргументація

Анотація. Логіку і право міцно пов'язують прагнення вивчити закономірності поведінки, обумовлені раціональною діяльністю людей як інтелектуальних агентів. У статті виділено три ракурси розгляду такої діяльності — ситуації як її результат, дії агентів і самі агенти. Для логіки раціональна діяльність інтелектуальних агентів виступає одним із предметів вивчення, а її об'єктом є категорії значення (логічної істини) і вивідності (слідування), для яких у рамках різних формальних теорій можна побудувати неоднакові поняття. У статті сформульована позиція логічного різноманіття та показано, у чому полягають відмінності у визначенні поняття слідування в деяких деонтичних системах, демонструється прикладне значення цих відмінностей для моделювання раціональної поведінки, а також наводяться аргументи на користь того, що подібне різноманіття не веде до релятивізму або суб'єктивізму. У статті робиться висновок про те, що логічне різноманіття робить

необхідним аргументацію як комунікативний різновид взаємодії інтелектуальних агентів — людей, інститутів, експертних систем тощо, яка здатна стати ефективним інструментом реалізації комунікативного потенціалу правового регулювання і служити раціональним механізмом визнання різноманіття нормативних систем у суспільстві, як інституціоналізованих, так і особистих.

Ключові слова: інтелектуальна діяльність, раціональні агенти, нормативні системи, деонтична логіка, аргументація.

Лисанюк Е. Н. Логические теории рационального поведения, право и аргументация

Аннотация. Логику и право прочно связывают стремления изучить закономерности поведения, связанные с рациональной деятельностью людей как интеллектуальных агентов. В статье выделено три ракурса рассмотрения такой деятельности — ситуации как ее результат, действия агентов и сами агенты. Для логики рациональная деятельность интеллектуальных агентов выступает одним из предметов изучения, а ее объектом являются категории значения (логической истины) и выводимости (следования), для которых в рамках различных формальных теорий можно построить неодинаковые понятия. В статье сформулирована позиция логического многообразия и показано, в чем состоят различия в определении понятия следования в некоторых деонтических системах, демонстрируется прикладное значение этих различий для моделирования рационального поведения, а также приводятся аргументы в пользу того, что подобное многообразие не ведет к релятивизму или субъективизму. В статье сделан вывод о том, что логическое многообразие делает необходимым аргументацію как коммуникативную разновидность взаимодействия интеллектуальных агентов — людей, институтов, экспертных систем и пр., которая способна стать эффективным инструментом реализации коммуникативного потенциала правового регулирования и служить рациональным механизмом признания многообразия нормативных систем в обществе, как институализированных, так и личных.

Ключевые слова: интеллектуальная деятельность, рациональные агенты, нормативные системы, деонтическая логика, аргументация.

Lisanyuk E. Logical Theories of Rational Agency, Law and Argumentation

Summary. Logic and law have much in common in their intentions to pursue the regularities of rational behavior of people as intelligent agents. In the paper, we highlight three aspects of such agency — a situation as the result of it, the actions of the agents and the agents themselves. In logic, the intelligent agency is one of its subjects of study on which it focuses for the sake of in-depth inquiry into its key object consisting of the categories of value, or logical truth, and inference, or logical consequence. These two categories may be given different definitions as they appear to be the concepts of certain formal theories. In the paper, we demonstrate such logical diversity in the framework of some deontic systems and show what these differences in the definitions of the concept of consequence mean as regards the deontic logic. Also we discuss a number of particular implications these diversities in defining key concept of logical consequence have on intellectual agency modelling. With the help of these, we argue that this diversity does not lead to relativism or subjectivism in understanding truth or consequence. Instead, we conclude that the logical diversity paves the way to argumentation as a kind of communicative interaction of intelligent agents — people, institutions, expert systems, and so forth. Argumentation as a kind of intellectual agency can provide an effective tool for the implementation of the communicative potential of legal regulation and serve as a rational mechanism for recognizing the diversity of legal systems, both institutionalized and personal.

Key words: intelligent agency, rational agents, normative systems, deontic logic, argumentation.

ФЕНОМЕН МОВЧАННЯ В ЮРИДИЧНІЙ АРГУМЕНТАЦІЇ

О. ЩЕРБИНА
*доктор філософських наук,
доцент кафедри логіки
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*



Поряд із найбільш загальними, універсальними принципами та правилами, з яких складається стратегія аргументації, існує багато видів полемічних ситуацій, у кожній з яких використовуються свої специфічні прийоми, що становлять тактику аргументації, у тому числі й такого її різновиду, як юридична аргументація. Остання може бути репрезентована як діалог-переконання.

У цьому зв'язку можна говорити про застосування мовчання як аргументу в юридичній аргументації, а також, у цьому контексті, про розгляд зазначеного феномену як способу здійснення обману. Отже, визначення ролі мовчання в юридичній аргументації є метою цієї статті.

Наприкінці ХХ — на поч. ХХІ ст. криза слова породжує інтерес до мовчання, особливо до його комунікативної функції. У сучасній науковій літературі феномен мовчання розглядають у його різноманітних аспектах. Мовчання належить до одного з видів мовної діяльності, зокрема до недіяльності, або до конкретних форм поведінки, а саме до недії і протидії. Про мовчання говорять «...тільки на фоні комунікації, тобто тоді, коли в принципі можливе мовне спілкування — реальне або віртуальне» [1, с. 109].

Феномен мовчання у сучасній науковій літературі розглядається в його різноманітних аспектах. А перше осмислення мовчання як культурного феномену було здійснено Платоном, який зазначав, що найбільш серйозні думки ще не оформлені та не виходять за межі мовчання, з якого виникають. Піфагорійцям, орфікам, даосам, буддистам було властиво стверджувати духовну цінність мовчання аж до зневаги до слова. Саме у цих давніх містичних школах мовчання набуває статусу шляху до істини. Співвідношення мовчання та слова як рівноцінних у духовному досвіді визначається у християнстві. У сучасній філософії мовчання належить до тих феноменів, що перебувають у центрі інтересів дослідників. Ними розглядається онтологічний статус мовчання, воно аналізується з позиції філософської герменевтики як дискурсивна практика та спосіб мовної поведінки, вивчається з позиції прагматичної філософії граматики та семіотики мовчання, його вияв у мовних контекстах та біблійських, літературних текстах. Комунікативно-значуще мовчання тих, хто говорить, неодноразово було пред-

метом дослідження лінгвістів Н. Арутюнової, Л. Азнабаєвої, В. Богданова, Г. Крейдліна, С. Крестинського, Н. Формановської, Г. Почепцова та ін.

Розгляд мовчання як однієї з форм людської комунікації передбачає його інтерпретацію як своєрідної мовної діяльності, що має мету, плани вираження та змісту. При цьому планом вираження мовчання є відсутність звукової сторони повідомлення. У процесах людського спілкування мовчання виступає навмисним комунікативним актом, який має нульовий план вираження, проте несе значення. Його називають значущим мовчанням.

Лінгвісти, досліджуючи семантику мовчання, аналізуючи контексти з дієсловом мовчати, похідними від нього іменником мовчання, прикметником мовчазний та іншими, зазначають, що цьому дієслову відповідають два основних значення: не промовляти нічого голосом (фізичне мовчання) і зберігати у таємниці, таїти. У похідних актуалізується одне зі значень (або обидва одразу): значення фізичне мовчання передають похідні мовчазний, мовчки, мовкнути, умовкнути, змовкнути тощо. Значення приховати інформацію передають дієслова умовчати, замовчати (щось), замовчувати тощо. У похідних значеннях розвиваються також додаткові значення змовчати — стерпіти несправедливе ставлення; мовчазність — риса характеру; мовчки — не говорячи нікому тощо.

Фізичне мовчання описує О. Тогоєва, аналізуючи поведінку середньовічних злочинців під час судового процесу. *«Коли середньовічна людина потрапляла до в'язниці, вона відчувала страх, але виразити його словами здатен був далеко не кожен, до того ж виразити по-різному, використовуючи топоси «долі», «смерті», «самотності», «відриву від близьких». Більшість ув'язнених, процеси яких описані секретарем суду Аломом Кашмаре, у суді пригнічено мовчали, раз і назавжди змирившись із власною долею, не думаючи про який-небудь опір. Та чи міг середньовічний злочинець вплинути на судовий процес, змінити власну долю?» [2, с. 272].*

Нестерпність мовчання виникає інколи не від того, що людина не може висловитися щодо своїх зовнішніх проблем, а від того, що не може упоратися із самою собою, із власними думками, власною свідомістю. Тому й озвучування зовнішніх проблем дається їй так важко. Мові не під силу таке завдання.

Мовчання як «продовження бесіди» поділяють на два абсолютно різних із функціонального, семантичного та прагматичного боків типи: мовчання з парамовними та жестовими заповненнями і мовчання за повної відсутності голосових звуків. Ідеться про протиставлення мовчання передаванню інформації мовним способом. *«Настання мовчання в акті спілкування може свідчити не про просте неговоріння або про повну відсутність комунікації, а про перехід тієї людини, яка замовкла, до іншого семіотичного коду. При цьому виразні можливості мовчання в поєднанні з парамовними елементами та жестами є аж ніяк не меншими, ніж при повному мовчанні, оскільки тіло часто говорить нам про те, про що слова сказати не можуть» [3, с. 28].*

У наукових дослідженнях існує багато класифікацій мовчання, проте до цього часу недосконало вивченим залишається такий його аспект, як можливість бути елементом свідомої стратегії і тактики поведінки, що властиве багатьом, у тому числі й правовим контекстам. Розглянемо акт мовчання в юридичній аргументації і покажемо, що тут він може бути репрезентований і як прийом маніпулювання, і як аргумент по суті.

Зосереджуючи увагу на мовчанні за повної відсутності голосових звуків, зазначимо, що в полеміці воно може розглядатися як мовчання стриманості (коли опонент намагається приховати певні невігідні для себе факти), мовчання упертості (у випадку якщо опонент не бажає погоджуватися та здійснювати будь-який крок назустріч пропоненту), мовчання мужності (при спійманні з речовим доказом, будучи притиснутим до стіни, він недвозначно дає зрозуміти, що міг би без великих зусиль і повністю виправдатися та обстояти власну позицію, але не робить цього з благородних мотивів).

Звертаючись до царини юридичної аргументації, хотілося б зазначити специфічність розуміння та застосування в ній акту мовчання. Мовчання тут може бути репрезентоване і як прийом маніпулювання у суперечці, і як аргумент (ідеться про аргументи *ad rem*). Мовчання у такому розумінні несе в собі потужний охоронний потенціал, оберігаючи від руйнівних наслідків недоречного або невчасно вжитого слова. Як прийом маніпулювання у суперечці мовчання в юридичній аргументації може бути як мовчанням стриманості (наприклад, однієї зі сторін у процесі судового спору), так і мовчанням мужності (наприклад, відмова від надання свідчень, щоб не «підставити» когось іншого).

Мовчання як аргумент по суті справи в юридичній аргументації виступає як заборона на комунікацію, визначена міжнародними нормами. Право не давати показання або пояснення щодо себе — це перш за все право обвинуваченого зберігати мовчання. П'ята поправка до Конституції США проголошує, що нікого не можна примусити у будь-якій кримінальній справі свідчити проти самого себе. Право на мовчання та його складова частина — право не давати показань проти самого себе — це загальноприйняті міжнародні норми, які є підґрунтям поняття справедливої процедури, про яку говорить ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Право обвинуваченого зберігати мовчання розглядається Європейським судом як таке, що поширюється на будь-яку інформацію, яка може виходити від обвинуваченого. Наприклад, у справі *Саундерс проти Сполученого Королівства* уряд наполягав на тому, що п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не було порушено, оскільки «...із того, що розповів заявник під час опитувань, ніщо не мало характеру самообвинувачення ...він давав лише пояснення, що свідчили на його користь... Тільки показання, що свідчать проти обвинуваченого, підпадають під дію привілею». Європейський суд визнав цей аргумент непереконливим та підкреслив, що «право не свідчити проти себе не може бути обмежене лише зізнанням у скоєнні правопорушення або показаннями, які прямо мають інкримінуючий характер». Суд зазначив, що «свідчення, які отримані шляхом примушення, що зовні не виглядають інкримінуючими — ...виправдувальні зауваження або просто інформація за фактами — можуть бути надалі розгорнуті під час кримінального процесу на підтримку обвинувачення, наприклад, щоб протиставити їх іншим заявам підсудного або піддати сумніву свідчення ...або іншим чином підірвати довіру до нього» [4, с. 314–315].

Право обвинуваченого на мовчання, право не свідчити проти себе, членів сім'ї чи близьких родичів встановлено Конституцією України (ст. 63) і Конституцією Російської Федерації (ст. 51), а відтак і в нормах КПК України (ст. 42), і КПК Російської Федерації (ст. 47). Право зберігати мовчання тісно пов'язане з презумпцією невинуватості, тобто воно створює юридичну перешкоду для ставлення обвинувальної влади до обвинуваченої особи як до особи, що

винна у скоєнні злочину (адже примушування обвинуваченого до самовикри-вання виказує упередження обвинувальних органів у винуватості цієї особи). У доказовому праві лише в одному випадку збігаються категорії привілей від самообвинувачення та імунітет свідка, а саме при відмові від свідчень проти самого себе.

Фраза, без якої рідко обходиться голлівудський фільм, яку промовляє американський поліцейський, коли дістає наручники: «Ви маєте право зберігати мовчання», — це не просто фраза для створення діалогової лінії фільму, а одне з основних прав особи, яка підозрюється чи обвинувачується у злочині та має право відмовитися від свідчень і пояснень щодо себе, членів родини або близьких родичів. Сукупність цих прав світова громадськість називає «Правило Міранди», що виникло 1966 р. завдяки Ернесту Міранді, якому працівники поліції не роз'яснили його право відмовитися давати показання та право мати захисника. Після багаточасового допиту він зізнався у вчиненні злочину. Саме ці показання послужили доказом його вини та стали підґрунтям обвинувального вироку. Проте адвокати Е. Міранди оскаржили вирок, зробивши заяву про те, що згідно з п'ятою поправкою до Конституції США він не мав свідчити проти самого себе, про що не знав, оскільки відповідне право та інші права йому не були відомі, а також не були роз'яснені ні поліцейськими при затриманні, ні стороною обвинувачення на слідстві, ні судом. Саме так відома нам з фільмів фраза: «Ви маєте право зберігати мовчання; усе, що ви скажете, може бути використано проти вас», яку не сказали працівники поліції, стала підставою для скасування Верховним судом США обвинувального вироку зі справи Е. Міранди. Адже ця фраза є конституційною нормою й право, яке нею дається, поширюється не тільки на досудову стадію кримінального процесу, а й на сам судовий розгляд. Верховний суд США визнав за необхідне скасувати рішення про засудження як таке, що ґрунтується на показах, які не заслуговують на довіру.

Зазначений прецедент викликав обурення серед працівників поліції і прокуратури, і за два роки була зроблена перша невдала спроба скасувати «Правило Міранди», коли Конгрес США прийняв закон, що дозволяє обвинувачам використовувати у справі добровільні зізнання підсудних, яких не попередили про можливість зберігати мовчання. Проте Верховний суд США своєю постановою скасував рішення Конгресу, зазначивши, що судовий прецедент має перевагу над законом. Представники поліції і прокуратури США не заспокоїлись, і тридцять років потому була зроблена чергова спроба скасувати прецедент. Представники прокуратури аргументували свою вимогу тим, що ця норма не стільки захищає права та свободи громадян, скільки допомагає адвокатам. Знову Верховний суд США, ставши на захист громадян, більшістю голосів залишив «Правило Міранди» без змін.

Ті, хто впевнені, що зізнання — цариця доказувань, аналізуючи розглядуваний прецедент, ставлять запитання: Краще алібі — це мовчання? За ним криється занепокоєння: якщо кожний обвинувачений, підсудний буде мовчати, чи не будуть суди «пачками» випускати на волю вбивць, грабіжників тощо? Проте у такому випадку є правомірним і зустрічне запитання: «Навіщо взагалі потрібні всілякі процесуальні гарантії?» Зізнався підсудний — отже, винний. У такому разі неважливо, зізнався він «під тягарем доказів» чи під впливом психологічного та фізичного тиску. Тоді про яку презумпцію невинуватості може йтися?

Із 12 січня 2005 р. набрали чинності зміни до Закону України «Про міліцію», де у ст. 5 «Діяльність міліції та права громадян», яку доповнено частиною восьмою згідно із Законом № 2322-IV, чітко прописано права людини, яку доставляють до райвідділу міліції. Громадяни України також, як і американці, мають право зберігати мовчання та вимагати присутності адвоката. У зазначеному Законі визначено: *«Особам при затриманні або арешті (взятті під варту) працівниками міліції: ...надаються усно роз'яснення частини першої статті 63 Конституції України, права відмовитися від надання будь-яких пояснень або свідчень до прибуття захисника та одночасно в друкованому вигляді — роз'яснення статей 28, 29, 55, 56, 59, 62 і 63 Конституції України та прав осіб, затриманих або заарештованих (взятих під варту), встановлених законами, у тому числі... права відмовитися від надання будь-яких пояснень або свідчень до прибуття захисника...»* [5].

На користь думки про те, що мовчання в юридичній аргументації може розглядатися як аргумент по суті справи, наведемо дані, що містяться у Цивільних кодексах України та Російської Федерації. У Цивільному кодексі Російської Федерації (ст. 158) встановлено, що мовчання визнається виявом волі укласти угоду у випадках, передбачених законом або угодою сторін. Отже, мовчання може мати правостворюючу силу, якщо законом або угодою сторін йому надається така властивість. Тільки у цих випадках мовчання свідчить про вираження волі суб'єкта породити чи допустити юридичні наслідки. У частині 3 ст. 205 «Форма правочину. Способи волевиявлення» Цивільного кодексу України визначено: *«У випадках, встановлених договором або законом, воля сторони до вчинення правочину може виражатися її мовчанням»* [6, с. 71].

Таким чином, проблема інтерпретації мовчання в юридичній аргументації, на наш погляд, має ґрунтуватися на його розумінні та застосуванні як прийому маніпулювання, з одного боку, і як аргументу по суті — з другого. Стосовно юридичної аргументації у висловлюванні Г. Шоу: *«Мовчання — один із тих аргументів, що найважче спростовуються»*, слово аргумент набуває подвійного змісту.

Мовчання як комунікативна стратегія у діалозі завжди має сенс, який актуалізується в конкретному контексті. Воно може мати різні наміри. Розглянемо мовчання у зв'язку з феноменами брехні та обману в юридичній аргументації.

У сучасній науковій літературі феномени мовчання, брехні, обману розглядають у різноманітних аспектах. Наукові дослідження містять багато класифікацій зазначених феноменів. Проблеми мовчання, брехні, обману вивчають у багатьох сферах знання, дослідники яких намагаються виявити їхні особливості. Актуальність цієї проблематики лежить, швидше, у практичній площині, ніж у теоретичній.

Розібратися в сутності брехні, обману намагалися ще античні філософи. Утилітарний погляд на феномен обману репрезентувався софістами, які розглядали практичне значення обману. Альтернативний погляд на цей феномен походить від Сократа, продовжується у творчості Платона, Арістотеля, етиці стоїків. За цією позицією обман розглядався як наслідок незнання, соціального занепаду та слабкості особистості відображення метафізичного зла. У період Середньовіччя в європейській філософії інший погляд на обман набув домінуючого розвитку у межах християнської етики. В епоху Відродження Н. Макіавеллі виявив амбівалентні статуси феномену обману. Філософська думка Нового часу привнесла до наукової традиції вивчення цього феномену функціоналістські та сцієнтистські

теорії (Т. Гоббс, Б. Спіноза, Ф. Бекон). Суттєвий внесок у розробку підходів до аналізу феномену брехні зробили І. Кант, Г. В. Ф. Гегель, Л. Фейєрбах, Ф. Ніцше, А. Шопенгауер. У ХХ ст. нові підходи в інтерпретації зазначеного феномену були розроблені П. Рікером, К. Ясперсом та ін. Як вияв підсвідомої агресії інтерпретував брехню З. Фройд. Значне місце морально-психологічним аспектам обману приділялося у роботах А. Адлера, Е. Дюркгайма, Е. Фромма, К. Юнга, У. Еко та ін. Вивченню брехні, обману у філософсько-психологічному плані присвячені роботи В. Знакова, Д. Дубровського. Ті самі автори, а також І. Вагін, В. Свинцов, Ю. Щербатих, П. Екман та інші зверталися до визначення категоріального статусу обману. У наш час дослідження проблем хибі, брехні, обману, а у цьому зв'язку і маніпуляцій, стали предметом вивчення спеціалістів різних галузей знання. Дослідників цікавлять різноманітні аспекти брехні, а також способи та засоби її виявлення.

Брехня має не тільки словесне оформлення. Вона прослідковується у найрізноманітніших невербальних формах. Для нашого дослідження цікавою є пасивна брехня, що виражається у непереданні свідчень, які відомі. Мовчання у зв'язку із брехнею розглядається як одна з форм її вияву. При цьому для її назви застосовується слово *замовчування*. Мовчання як недоговореність і прихованість інформації набуває форми *замовчування*. Зазвичай *замовчування* розуміється як часткове *приховування* інформації.

Сучасними теоретиками права аналізується сутність обману у цивільному та кримінальному праві, розглядається співвідношення понять брехні та обману в позитивному праві. Проте до цього часу недосконало вивченим залишається взаємозв'язок мовчання, брехні та обману в юридичній аргументації. Ідеться про такий аспект мовчання, як елемент свідомої стратегії і тактики поведінки, що є властивим багатьом, у тому числі й правовим контекстам. Це пов'язано з аналізом особливості такого виду брехні, як брехня у прихованому вигляді — брехня шляхом *замовчування* (приховування) інформації. У цій статті будуть розглянуті брехня та обман як аргументативні феномени. Зокрема, ітиметься про особливості зазначених феноменів в юридичній аргументації.

Аргументативна брехня може мати такі види, як брехня в явному та прихованому вигляді. Саме останній її різновид і підпадає під нашу увагу у процесі розгляду взаємозв'язку мовчання та брехні в юридичній аргументації. Слід зазначити, що науковці по-різному розуміють і класифікують такі соціально-психологічні феномени, як брехня, обман, неправда. Усе залежить від підходу, за яким їх розглядають. У комунікативному підході, де можна підійти до брехні як до передавання хибної інформації, виділяють чисту брехню, напівправду та мовчазну брехню. Виходячи із цього, розглядаючи взаємозв'язок мовчання та брехні у правовій аргументації, зупинимось на двох останніх видах брехні.

Поняття брехні та обману завжди пов'язані із взаємодією людей. У практичних міркуваннях людина мусить урахувати бажання та можливості інших. Когнітивний світ суб'єкта створюється завдяки вже наявним іншим когнітивним світам та існує у безперервній взаємодії з ними. За логіко-когнітивного підходу розуміння дій і взаємодій ґрунтується на інтерпретації їх як наслідків практичних міркувань агента або групи агентів. Практичні міркування містять терміни, які використовуються для вираження цілей, бажань і намірів. Автор цієї концепції — А. Ішмуратов називає умови практичних міркувань логіко-когнітивними. Під час взаємодії агенти чинять когнітивні впливи один на одного,

змінюючи когнітивні, тобто внутрішні світи один одного. «Наприклад, переконання одного можуть не тільки стати переконаннями іншого, а й змінити очікування, збудити емоції, сформувавши оцінки та самооцінки» [7, с. 175].

Когнітивна подія, пов'язана зі зміною одночасно двох чи більше когнітивних оточень різних суб'єктів, називається інтеракцією. Під час інтеракції когнітивні світи суб'єктів відбиваються один в одному. Когнітивна взаємодія є виявом залежності того, хто впливає, від того, на кого впливають. «Із формально-логічного погляду інтеракція створюється “нашаруванням” різносуб'єктних ітерацій когнітивних операторів ПЕРЕКОНАНИЙ, МАЄ СУМНІВИ, ЧЕКАЄ, МАЄ НАМІР і т. д., певний клас еквівалентності яких утворює “когнітивне осердя” ситуації когнітивної взаємодії (“я знаю, що ти знаєш, що я знаю...”» [7, с. 184].

Оскільки аргументативна брехня є діалогічним феноменом, то вона має комунікативно-когнітивну природу. У теорії аргументації брехню визначають як «...інтерацію, свідомо (умисно) спрямовану на формування у співбесідника спотвореної картини світу» [8, с. 114]. Ідеться про те, що у процесі спілкування кожний з учасників комунікації має власне уявлення про предмет обговорення, власну картину світу. Коли у комунікантів збігаються уявлення про предмет обговорення, тоді можна говорити про наявність значного важелю для успішного спілкування. Але комунікантам треба враховувати й адекватність описування дійсності, й адекватне її розуміння.

В юридичній аргументації, що є практичним втіленням досліджень у теорії аргументації, аналіз брехні передбачає розгляд положень справ у картинах світу, які сформовані в учасників комунікації. При дослідженні обману в юридичній аргументації важливим є не тільки те, що із свідомого порушення норми адекватності одним із комунікантів впливає формування спотвореної картини світу в іншого учасника, а й те, що це спонукає останнього до вчинення/невчинення конкретних дій в інтересах першого.

У літературі соціально-філософського характеру, в якій обман розглядається як засіб маніпуляції, поняття брехня, обман, напівбрехня, напівобман, напівправа вживаються як синоніми. Проте у дослідженнях у сфері юридичних наук поняття брехні та обману мають різні тлумачення. Не торкаючись дискусійності питання про зміст понять хиби, брехні, обману, неправди, а також аналізу відмінностей між категоріями хиби в логіці та категоріями брехні в теорії аргументації, виходитимемо з офіційно прийнятого українською юридичною наукою визначення поняття обман, що є основою багатьох діючих в Україні норм права. Тільки зазначимо, що розуміємо обман не як синонім брехні, а як її різновид. Категорія брехня — ширше поняття, ніж обман. З юридичного погляду вона містить три обов'язкові ознаки: спотворення істини, навмисність фальсифікації, введення іншої особи в оману. Тобто брехня може використовуватися без наміру схилити іншу особу до вчинення певної дії або утриматися від неї в інтересах брехуна. Обов'язковою наявністю такого наміру перетворює брехню на обман. Не будь-яка брехня є обманом, проте будь-який обман є брехнею та необхідно містить у собі всі ознаки брехні. Отже, з юридичного погляду, обман — це брехня, обов'язково спрямована на схилення іншої особи до здійснення/нездійснення дії, вигідної для брехуна. Великий енциклопедичний юридичний словник містить визначення обману як «...умисного спотворення дійсного стану речей, свідому дезінформацію контрагента, введення його в оману шляхом повідо-

млення або замовчування інформації з приводу певних фактів, обставин, подій минулого, теперішнього або майбутнього часу з метою спонукати його із власної волі вчинити або не вчинити конкретні дії в інтересах посягаючого» [9, с. 546]. Тут треба зазначити, що кримінально-правовий обман за формою дії ззовні має певну схожість (навіть вельми суттєву) з невиконанням обов'язків за договорами цивільно-правового характеру. Тому дуже важко встановити межу, яка чітко визначала б ознаки караного обману. У більшості випадків правозастосовник, вирішуючи цю колізію, керується не чітко сформульованим правилом, а власним внутрішнім переконанням, яке часом вельми різне.

Мовчання є різновидом пасивного обману, що вчиняється шляхом такого виду бездіяльності, як свідоме замовчування винним обставин, що мають суттєве значення, і повідомлення про які було обов'язковим. Обман як у кримінальному, так і в цивільному праві, може виражатися у повному та частковому замовчуванні про істинну інформацію. Часткове замовчування інформації означає неповноту інформації, яку потрібно повідомити адресату. Це обман за допомогою напівправди. Під поняттям напівправда у такому контексті розуміють повідомлення, в яких відсутні певні елементи необхідної інформації, унаслідок чого у того, хто сприймає, виникає помилкове, хибне уявлення про відображуваний об'єкт. Суб'єкт повідомляє адресату напівправду, розраховуючи на те, що він зробить з неї помилкові висновки. Напівправда передбачає свідоме повідомлення не всієї правди, потрібної адресату, а тільки частини. Причому, що стосується юридичної аргументації, несуттєвої її частини. Тобто основна складова напівправди — це свідоме замовчування суб'єктом частини необхідної для адресата інформації. Ідеться про один із шляхів введення в оману.

Можна говорити про напівправду, яка викликана природними причинами, і зовсім іншою є напівправда, яка виникла внаслідок очевидної інформаційної патології. У першому випадку напівправда не є брехнею. Прикладом може бути промова захисника у суді. Вона майже завжди напівправда, що, у певному сенсі, вигідна для тієї сторони, яку представляє захисник. Це позитивний аспект напівправди. Інакше захисник не виконав би свого професійного обов'язку. Ще одним прикладом напівправди, що не може кваліфікуватися як брехня, є відмова начальника карного розшуку на зустрічі із журналістами повідомити факти, пов'язані із розглядуваним правопорушенням. Людина чесно визнає, посилаючись на таємницю слідства, що не може повідомити все, що знає про цей випадок правопорушення.

У другому випадку напівправда є брехнею. Прикладом цього може бути свідоме замовчування (приховування) власником — продавцем будинку від покупця факту, що у суді розглядається позов за цим будинком до попереднього власника та його рідних, які заявили на цю будівлю свої права (у відношенні продавця — покупець не висвітлено всієї інформації про об'єкт продажу). З юридичного погляду таке умисне замовчування юридично значущої інформації, яка перешкоджала б угоді, може кваліфікуватися як обман.

Проте ввести в оману або зберегти вже наявну оману адресата також можливо й шляхом дезінформації, і шляхом повного замовчування істинної інформації. Зрозуміло, що йдеться про умисне її замовчування. У певних випадках приховування замовчуванням оцінюється державою як адміністративне правопорушення та кримінальне діяння. Наприклад, приховання факту смерті батьків або дитини та одержання надалі раніше призначеної їм пенсії або утримання.

Ідеться про обман щодо фактів. При розкритті змісту шахрайського обману кримінальний закон указує на дві можливі форми злочинної поведінки людини — активну (дію) та пасивну (умисну бездіяльність). Пасивна форма обману як способу шахрайства полягає у «...замовчуванні істини, неповідомленні потерпілому відомостей про обставини, знання яких істотно вплинуло б на поведінку останнього не на користь шахрая» [10, с. 385]. Ще одним прикладом обману шляхом повного замовчування інформації є неподання декларації про доходи та витрати. Отже, мовчання як спосіб учинення обману в юридичній аргументації може виступати складовою способом вчинення правопорушення.

Щоб зазначене вище було однозначно зрозуміло, вважаємо, доречно пояснити значення слова спосіб, що використовується у такому контексті. Це важливо, оскільки слово спосіб може розумітися як шлях та як характер (виконання). У другому значенні цього слова йдеться про обставини характеру дії такі, наприклад, як швидко, тихо, добре, мовчки тощо. Саме значення слова спосіб як шлях, яким здійснювалась діяльність, розуміється у розглядуваному випадку. Обман здійснювався шляхом замовчування істини.

Для кваліфікації такого виду злочину, як шахрайство не має значення, як він здійснений — шляхом обману чи зловживання довірою, оскільки у кримінально-правовій нормі про шахрайство вони закріплені як альтернативні способи вчинення злочину, але для однозначної кваліфікації цього злочину необхідне посилання на визначення зазначених понять, в якому не було б порушено жодного з правил його побудови. Тому, на нашу думку, аби визначення обману як юридичного терміна ґрунтувалося на дотриманні правила домірності, було б правильно доповнити зазначене вище визначення, урахувавши такі види пасивного обману, як напівправа та мовчазний обман. Ідеться про вказування шляху, яким вчиняється такий обман.

Вважаємо, що у межах юридичної аргументації для граматичного вираження різниці між брехнею за допомогою напівправди та мовчазною брехнею краще було б для пояснення першої уживати слова замовчування (приховування) частини інформації, а для пояснення другої — слова замовчування (приховування) всієї інформації. Під поняттям напівправа у такому контексті розуміють повідомлення, в яких відсутні певні елементи необхідної інформації, унаслідок чого у того, хто сприймає, виникає помилкове, хибне уявлення про відображуваний об'єкт.

Даючи когнітивний опис аргументативної брехні, І. Хоменко виділяє такі компоненти брехні, як інтеракції: мовну дію, когнітивний стан суб'єкта, когнітивний стан адресата, аргументативну мету суб'єкта [8, с. 119]. Спираючись на це, автор подає когнітивну схему брехні з використанням напівправди. Вона має такий вигляд:

Повідомляє (x, y, G) \wedge Знає ($x, \text{Слідує}(G, B)$) \wedge Не знає ($y, \text{Слідує}(G, B)$) \wedge Має намір ($x, \text{Дунав}(y, \text{Слідує}(G, C))$).

Якщо мовчання розглядати як нульовий мовний акт, а сенс слова мовчання у розглядуваному в цій роботі контексті розуміти як знак (свідоцтво) інформації, що передається, то таке розуміння мовчання розвиває додатковий сенс: приховування інформації. «Екстенціонал мовчання не збігається з екстенціоналом неговоріння. Різниця зумовлена тим, що “мовчати” передбачає зазвичай свідомість дії, а заперечна форма “не говорити” позбавлена жорсткого зв'язку з контрольованістю» [11].

Когнітивно-пропозиційний підхід не виключає можливості формалізації мовчазних інтеракцій. Із формального погляду різниці між розмовною та мовчазною інтеракцією немає. Зауважимо, що різниці немає тільки у випадку, коли мовчання є визначеним.

Якщо замовчування (повне приховування) інформації позначити когнітивним оператором НЕ ПОВІДОМЛЯЄ, тоді, виходячи саме із зазначених компонентів брехні як інтеракції, когнітивна схема мовчазної брехні може мати такий вигляд:

Не повідомляє $(x, y, A) \wedge$ Знає $(x, A) \wedge$ Не знає $(y, A) \wedge$ Має намір $(x, \text{Думав } (y, \sim A))$.

Якщо ж уведення в оману конкретної особи спонукає її здійснити дію (бездіяльність) в інтересах обманщика, тоді в юридичній аргументації вважається, що така брехня перетворюється на обман. Саме обман є поширеним способом злочинної поведінки. Під обманом в юридичній аргументації розумітиметься інтеракція, свідомо (умисно) спрямована на формування у співбесідника спотвореної картини світу з метою спонукання останнього до вчинення або невчинення конкретних дій в інтересах ошуканця.

В юридичній аргументації обман шляхом замовчування частини юридично значущої інформації і мовчазний обман одного із комунікантів може нести інформацію про протиправне посягання ним на волю іншого. Ідеться про те, що в особи, яка перебуває під дією обману, волевиявлення сформувалося під впливом обставин, що спотворюють її істинну волю.

Обман у царині права вчиняється у таких формах: усній, письмовій, конклюдентних дій, змішаній. Обманне діяння вчиняється як активною, так і пасивною поведінкою (дією чи бездіяльністю) винного. Розглядатимемо такі види обману в юридичній аргументації, як обман в явному вигляді та обман у прихованому вигляді. У свою чергу, у зазначеній аргументації обман у явному вигляді може мати такі види: обман з використанням брехливого та обман з використанням суб'єктивного аргументу.

Обман з використанням брехливого аргументу виникає тоді, коли у процесі юридичної аргументації суб'єкт свідомо використовує аргумент, хибність якого йому відома. Він це робить з метою схилити адресата вчинити або не вчинити дії в інтересах брехуна (суб'єкта). Ідеться про навмисне (свідоме) введення іншої особи в оману шляхом повідомлення хибної інформації з метою спонукати її з власної волі вчинити або не вчинити конкретні дії в інтересах брехуна. Прикладом такого обману може бути така форма шахрайського обману, за якої мають місце випадки, коли винний видає себе за іншу особу, коли повідомляє ті чи інші факти або обставини у перекрученому вигляді тощо й при цьому, зрозуміло, адресат не знає про хибність поданої інформації і вчиняє/не вчиняє дії, вигідні для брехуна.

Обман із використанням суб'єктивного аргументу виникає при використанні суб'єктом хибного або недостатньо обґрунтованого твердження, проте він знає, що адресат вірить у те, що воно істинне. У такому випадку, на відміну від обману з використанням брехливого аргументу, брехня не вводиться у картину світу адресата, а запозичується у нього.

Тактично це може відбуватися приблизно таким чином. Суб'єкт, звертаючись до адресата, говорить про те, що не сперечатиметься із ним із приводу того, чи істинна його (адресата) думка. Але зазначає, що саме з неї впливає

його (суб'єкта) думка. При цьому суб'єкт може й не приховувати сумніви щодо позиції адресата. Якщо ж останній вважає власну думку істинною, то не може не погодитися із істинністю точки зору суб'єкта [8, с. 115]. Це так званий відкритий суб'єктивний аргумент.

Це може бути, наприклад навмисне використання хибного уявлення, яке вже склалося у контрагента, для спонукання його до укладення угоди, яку без обману він би не вчинив. У такому разі порочність угоди полягає у розходженні між дійсною волею та волевиявленням, яке склалося під впливом обману. У даному випадку йдеться про свідоме використання суб'єктом помилки адресата (помилкових уявлень, які вже в адресата виникли) з метою схилити його вчинити/не вчинити певні дії в інтересах суб'єкта.

В юридичній аргументації можна виділити такі різновиди обману у прихованому вигляді, як обман з використанням напівправди та мовчазний обман. У випадку обману з використанням напівправди йдеться про навмисне замовчування суб'єктом аргументації частини інформації про які-небудь факти або обставини, повідомити про які адресата було необхідно, спрямовані на введення його (адресата) в оману або на підтримку помилки адресата з метою спонукати його із власної волі вчинити або не вчинити конкретні дії в інтересах ошуканця (суб'єкта).

Прикладом такого обману може бути свідоме замовчування частини значущої інформації під час укладення угоди однією зі сторін, яка має намір отримати з цього для себе вигоду, спрямоване на створення неправильного, помилкового уявлення про справжній стан речей іншою стороною.

Мовчазний обман в юридичній аргументації може бути визначений як свідоме замовчування (приховування) суб'єктом усієї інформації з приводу певних фактів, обставин, подій минулого, теперішнього або майбутнього часу з метою спотворити картину світу адресата та спонукати його із власної волі вчинити або не вчинити конкретні дії в інтересах суб'єкта.

Прикладом мовчазного обману можуть бути такі обманні дії однієї зі сторін під час укладення угоди, які виражаються у бездіяльності, а саме у навмисному приховуванні фактів, знання яких може перешкоджати укладенню угоди. Відсутність таких знань про зазначені факти вплинула на волевиявлення іншої сторони у процесі укладення угоди.

Подаючи когнітивний опис різновидів прихованого обману в юридичній аргументації, виходитимемо з того, що компоненти зазначеного обману як інтеракції такі самі, як і компоненти брехні як інтеракції. Ними є мовна дія, когнітивний стан суб'єкта, когнітивний стан адресата, аргументативна мета суб'єкта. Саме остання у випадку обману в юридичній аргументації відрізнятиметься від аргументативної брехні.

За когнітивного опису мовчазної брехні в юридичній аргументації, розглядаючи її як інтеракцію, ми виходили з того, що замовчування (повне приховування) інформації позначали когнітивним оператором НЕ ПОВІДОМЛЯЄ. «Суть» мовчазної брехні в юридичній аргументації виражали за допомогою модусів НЕ ПОВІДОМЛЯЄ, ЗНАЄ, НЕ ЗНАЄ, МАЄ НАМІР. У випадку мовчазного обману в юридичній аргументації введення в оману конкретної особи спонукає її здійснити дію (бездіяльність) в інтересах обманщика. Саме ця характеристика обману при розгляді його як інтеракції, має враховуватись при формулюванні аргументативної мети суб'єкта та її вираженні. Це стосується всіх видів обману в юридичній аргументації. Прихований обман не є винятком.

Когнітивна схема мовчазного обману в юридичній аргументації, при розгляді його як інтеракції, буде такою:

Не повідомляє $(x, y, A) \wedge$ Знає $(x, A) \wedge$ Не знає $(y, A) \wedge$ Хочє $(x (Вчинив $(y, E) \vee$ Не вчинив $(y, E))) \wedge$ Має намір $(x, Думав $(y, \sim A) \wedge (Вчинив $(y, E) \vee$ Не вчинив $(y, E)))$,$$$

де E – опис дії.

Когнітивна схема обману з використанням напівправди в юридичній аргументації, при розгляді його як інтеракції, буде такою:

Повідомляє $(x, y, G) \wedge$ Знає $(x, Слідє $(G, B)) \wedge$ Не знає $(y, Слідє $(G, B)) \wedge$ Хочє $(x (Вчинив $(y, E) \vee$ Не вчинив $(y, E))) \wedge$ Має намір $(x, Думав $(y, Слідє $(G, C)) \wedge (Вчинив $(y, E) \vee$ Не вчинив $(y, E)))$.$$$$$$

У випадку мовчазного обману і мовчазної брехні в юридичній аргументації сенс не повідомляє не збігається із сенсом не говорить. У розглядуваному аспекті не повідомляє означає утримання від повідомлення. Ідеться про розуміння утримання як образ поведінки. Це те, за що агент може бути відповідальним [12, с. 258]. Неповідомлення у такому випадку означає неробіння того, що очікується або має бути зроблено, відповідно до обов'язку. Тобто у такому разі x утримується від повідомлення y про те, що A , якщо й тільки якщо, він (x) знає, що зобов'язаний повідомити y про те, що A , але надає перевагу тому, щоб не повідомляти y про те, що A .

Отже, у зазначеному випадку йдеться про пасивний обман (термін, що використовується у кримінальному праві), під яким розуміється свідомо (навмисна) бездіяльність, пасивна поведінка особи, що виражається в умисному приховуванні таких обставин, повідомлення про які є обов'язковим. Такий обман має місце за наявності правового обов'язку повідомити про обставини, що виключають виконання іншою особою якої-небудь дії (бездіяльності) і реальної можливості діяти, відповідно до покладеного правового обов'язку. У цивілістиці обман шляхом замовчування про обставини, які перешкоджають угоді, вважається протиправною бездіяльністю.

Таким чином, виходячи з того, що обман з юридичного погляду має містити такі обов'язкові ознаки, як спотворення істини, навмисність фальсифікації, введення іншої особи в оману, намір схилити іншу особу з власної волі вчинити або не вчинити дії, вигідні для ошуканця, вважаємо, що обман в юридичній аргументації може мати такі різновиди: обман з використанням брехливого аргументу, обман з використанням суб'єктивного аргументу, обман з використанням напівправди та мовчазний обман.

Особливістю мовчазного обману в юридичній аргументації є те, що суб'єкт утримується від повідомлення (приховує) всіх обставин, про які він мав обов'язково повідомити адресата, але цього не зробив. Неповідомлення у такому випадку означає неробіння того, що очікується або має бути зроблено, відповідно до обов'язку. Ця поведінка суб'єкта вводить адресата в таку оману, яка спонукає його вчинити або не вчинити дії, значущі для ошуканця. Виходячи з цього, при описі обману в юридичній аргументації як інтеракції, когнітивні схеми обману з використанням напівправди (замовчування частини значущої інформації) та мовчазного обману відрізнятимуться.

Якщо в межах юридичної аргументації для граматичного вираження різниці між обманом за допомогою напівправди та мовчазним обманом для пояснення першого вживати слова замовчування (приховування) частини інформації, а для

пояснення другого — слова замовчування (приховування) всієї інформації, то, на наш погляд, можна було б уточнити визначення поняття обману в юриспруденції. Це визначення було б таким: обман — умисне спотворення дійсного стану речей, свідомо дезінформація контрагента, введення його в оману шляхом повідомлення, замовчування (приховування) частини або всієї інформації з приводу певних фактів, обставин, подій минулого, теперішнього або майбутнього часу з метою спонукати його із власної волі вчинити або не вчинити конкретні дії в інтересах особи, що посягає.

В юридичній аргументації мовчання може виконувати й аргументативну функцію. Воно може бути репрезентоване і як прийом маніпулювання у суперечці, і як аргумент (ідеться про аргументи *ad rem*). Мовчання у такому розумінні несе в собі потужний охоронний потенціал, оберігаючи від руйнівних наслідків недоречного або невчасно вжитого слова. Як прийом маніпулювання у суперечці мовчання в юридичній аргументації може бути як мовчанням стриманості (наприклад, однієї зі сторін у процесі судового спору), так і мовчанням мужності (наприклад, відмова від надання свідчень, щоб не «підставити» когось іншого). Мовчання у такому контексті може трактуватися і як вчинок.

Мовчання як аргумент по суті справи в юридичній аргументації виступає як заборона на комунікацію, визначена міжнародними нормами. Право не давати показання або пояснення щодо себе — це перш за все право обвинуваченого зберігати мовчання.

Це свідоме мовчання. Особа може мовчати через незнання істинної інформації, проте вона може замовчувати власну вину або вину членів своєї сім'ї чи близьких родичів, тобто брехати шляхом мовчання. У такому випадку мовчання в юридичній аргументації, виконуючи аргументативну функцію, виступає способом захисту особистих інтересів громадян. Хоча таке мовчання й є умисним, воно в юридичній аргументації не вважається обманом, виходячи з діючих норм міжнародного права і Україна тут не є винятком.

Отже, аналізуючи взаємозв'язок мовчання та брехні в юридичній аргументації, можна зробити такі висновки: 1) мовчання у розумінні замовчування (приховування) істинної інформації може розглядатися як одна із форм виявлення брехні або обману. Тоді у цьому контексті, крім брехні за допомогою правди, можна виділити ще й інші різновиди прихованої брехні: брехню за допомогою напівправди та мовчазну брехню (брехню за допомогою повного замовчування істинної інформації), а також виділити такі різновиди прихованого обману: обман з використанням напівправди та мовчазний обман; 2) в юридичній аргументації мовчання, з одного боку, може виступати способом вчинення обману, а з другого — виконуючи аргументативну функцію, мовчання може виступати способом захисту прав громадян.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Арутюнова Н. Д. Молчание: контексты употребления / Н. Д. Арутюнова // Логический анализ языка: Язык речевых действий / ред. Н. Д. Арутюнова, Н. К. Рябцева. — М.: Наука, 1994. — С. 106–117.
2. Тогоева О. И. В ожидании смерти: молчание и речь преступников в зале суда (Франция, XIV век) / О. И. Тогоева // Человек в мире чувств: Очерки по истории частной жизни в Европе и некоторых странах Азии до начала Нового време-

- ни / Ю. Л. Бессмертный, М. Л. Абрамсов, М. А. Бойцов и др. ; под ред. Ю. Л. Бессмертного. — М. : РГГУ, 2000. — С. 262–302.
3. Крейдлин Г. Е. Мужчины и женщины в невербальной коммуникации / Г. Е. Крейдлин. — М. : Языки славянской культуры, 2005. — 224 с.
 4. *Eur. Court H. R. Saunders v. United Kingdom* / H. R. Court Eur. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. — М., 2000. — Т. 2. — С. 314–315.
 5. Закон України Про міліцію [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=565-12>
 6. Цивільний кодекс України : офіц. вид. : із змінами та допов. станом на 12.05.08 / М-во юстиції України. — К. : Ін Юре, 2008. — 480 с.
 7. Ішмуратов А. Т. Вступ до філософської логіки : підручник / А. Т. Ішмуратов. — К. : Абрис, 1997. — 350 с.
 8. Хоменко И. В. Ложь как аргументативный феномен / И. В. Хоменко // Модели рассуждений — 3: когнитивный подход : сб. науч. ст. ; под общ. ред. В. Н. Брюшинкина. — Калининград : Изд-во РГУ им. И. Канта, 2010. — С. 110–119.
 9. Грищук В. К. Обман / В. К. Грищук // Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. — К. : Юрид. думка, 2007. — С. 546.
 10. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С. С. Яценко. — К. : А.С.К., 2002. — 936 с.
 11. Радионова Е. С. Семантика и прагматика молчания / Е. С. Радионова [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://library.krasu.ru/ft/ft/_articles/0088621.pdf.
 12. Вригт Г. Х. фон. О логике норм и действий / Г. Х. фон Вригт // Логико-философские исследования : Избр. тр. — М. : Прогресс, 1986. — С. 245–289.

Щербина О. Ю. Феномен мовчання в юридичній аргументації

Анотація. У статті визначено специфіку феномену мовчання в юридичній аргументації. Зроблено аналіз проблеми застосування мовчання як аргументу в юридичній аргументації, а також, у цьому контексті, розглянуто зазначений феномен як спосіб здійснення обману. Також виділено та охарактеризовано особливості мовчазної брехні та мовчазного обману в царині юридичної аргументації. Подано когнітивні схеми брехні з використанням напівправди та обману з використанням напівправди, а також мовчазної брехні та мовчазного обману як інтеракції у зазначеній царині. Уточнюється сенс поняття «не повідомляє» за допомогою поняття «утримання від повідомлення» у випадку мовчазного обману. Запропоновано уточнену дефініцію обману в юриспруденції.

Ключові слова: юридична аргументація, мовчання, мовчазна брехня, мовчазний обман, неповідомлення.

Щербина Е. Ю. Феномен молчания в юридической аргументации

Аннотация. В статье определена специфика феномена молчания в юридической аргументации. Проведен анализ проблемы применения молчания как аргумента в юридической аргументации, а также, в этом контексте, рассмотрен указанный феномен как способ осуществления обмана. Также выделены и охарактеризованы особенности молчаливой лжи и молчаливого обмана в области юридической аргументации. Представлены когнитивные схемы лжи с использованием полуправды и обмана с использованием полуправды, а также молчаливой лжи и молчаливого обмана как интеракции в указанной области. Уточняется смысл понятия «не сообщает» с помощью понятия «воздержание от сообщения»

в случае молчаливого обмана. Предложена уточненная дефиниция обмана в юриспруденции.

Ключевые слова: юридическая аргументация, молчание, молчаливая ложь, молчаливый обман, несообщение.

Shcherbyna O. Phenomenon of Silence in Legal Argumentation

Summary. In the article phenomenon specific of silence in legal argumentation is determined. The problem of using silence as an argument in legal argumentation, is analyzed in this context, as well as consideration of this phenomenon as a way to implement fraud. Moreover, the characteristics of silent lie and silent fraud in the field of legal argumentation are analyzed. Rendering of cognitive schemes of lie with the use of half-truth and fraud using half-truth, silent lie and silent fraud as interactions in this area. The meaning of «not reported» with the term «retention from messaging» in the case of silent fraud is clarified. Refined definition of fraud in law is offered.

Key words: legal argumentation, silence, silent lie, silent fraud, non-messaging.

ПРОБЛЕМА ОЦІНКИ СИЛИ ЮРИДИЧНОГО АРГУМЕНТУ

О. ТЯГЛО
*доктор філософських наук,
професор кафедри
соціально-гуманітарних дисциплін
(Харківський національний університет
внутрішніх справ),
заслужений працівник освіти України*



I

Мішелю Монтеню, який здобув юридичну освіту і мав багату практику, належить вельми цікаве свідчення: «Мені розповідали про одного суддю, що коли він наштовхувався на якесь... питання, з котрого існує кілька розбіжних думок, то робив таку позначку на полях своєї книги: “по-дружньому”. Це значило, що істина така темна і суперечлива, що в подібних випадках він був у змозі вирішити цю справу на користь будь-якої з протилежних сторін. Він вважав, що тільки через брак кмітливості й вченості він не в усіх випадках міг зробити свою позначку “по-дружньому”...» [1, с. 514]. Хоча з того часу минуло понад чотири століття, хто візьме на себе сміливість стверджувати, що ситуація явно змінилася... на краще?! Та навіть коли такі люди і знайдуться, вони не зможуть заперечувати збереження дотепер юридичної дискреції з можливістю як позитивних, так і негативних наслідків¹. Це ж, серед іншого, потягне визнання того, що принаймні інколи слідчі версії висуваються, судові рішення ухвалюються не на напевне істинних, а лише на більш-менш правдоподібних фактичних даних²,

¹ Один із керівників Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у середині 2012 р. визнав таке: «Особливу увагу слід приділити праву служителя Феміди на суддівський розсуд та судову помилку. Диспозитивність цивільних правовідносин, складні юридичні та фактичні обставини майнових та немайнових правовідносин збільшують імовірність скоєння помилок. Кожна людина має право на помилку. І розуміючи, що правосуддя здійснюють люди, можна припустити, що судові помилки є “необхідним злом”. Але слід прагнути, аби вони траплялися якомога рідше» [2, с. 4].

² Сучасний канадський психолог Жо Годфруа констатував: «Покази свідка на суді можуть інколи мати драматичні наслідки для обвинувачуваного. Утім свідчення «очевидця» — вкрай ненадійна річ. У багатьох дослідженнях було показано, що більшість описів, зроблених людьми після якоїсь події, де вони були присутні, є неточними або навіть абсолютно невірними. Часто у таких описах додаються або втрачаються численні подробиці, а дійсні факти несвідомо перебільшуються. Так, наприклад, було знайдено (Leippe et al., 1978), що коли треба впізнати людину за фотографією її обличчя, тільки третина усіх тих, кого досліджують, робить це правильно, ще одна третина — зовсім її не впізнає, а решта впевнено дає помилкові відповіді» [3, с. 387; 4].

використовуваних не у виключно демонстративних, а почасти й у ймовірнісних міркуваннях.

В усіх полях соціального простору завжди наявні ситуації, коли не вдається уникнути недемонстративного оперування правдоподібними висловлюваннями, логічні значення яких тут-і-зараз напевно невідомі — внаслідок обмеженості доступної інформації, дефіциту часу чи інших ресурсів, недосконалості органів чуття, пам'яті, волі чи розуму земної людині врешті-решт. У полі права такі ситуації природні, по-перше, на стадії досудового розслідування правопорушень, особливо напочатку, коли у нетривіальних випадках відомості зазвичай неповні, неточні чи навіть суперечливі, надаючи підстави для висування множини різних версій, у тому числі й таких, які взаємно виключають одна одну; по-друге, на стадії судового провадження, коли ухваленню остаточного судового рішення передують змагання сторін обвинувачення і захисту, кожна з яких висуває свої «залізні» докази та аргументи, котрі, проте, далеко не завжди виявляються такими насправді.

Правдоподібні висловлювання, зокрема юридичні докази і рішення, в процесі подальшої перевірки, інколи доволі складної чи довготривалої, можуть виявитися як істинними, так і хибними. Але тут-і-зараз конкретне висловлювання тим більше заслуговує на раціональну довіру, чим «ближчим до істини» воно визнається: ця «близькість до істини» і, відповідно, міра розумної довіри фіксується його *логічною ймовірністю*. Вважається, що ймовірність напевно істинного висловлювання максимальна і дорівнює 1, напевно хибного — мінімальна і дорівнює 0, а ймовірність висловлювання, логічне значення якого наразі невідоме, знаходиться у межах від 0 до 1.

Канадський дослідник Ян Хакінг показав, що сучасне поняття ймовірності з часу виникнення у другій половині XVII ст. подібне до «дволикого Януса». З одного боку, це статистична ймовірність, пов'язана зі стохастичними законами випадкових процесів, а з другого — це епістемологічна ймовірність, потрібна для визначення раціональної міри довіри до висловлювань (*reasonable degree of belief in propositions*), що не пов'язано зі статистикою [5, р. 12].

Одним із перших, хто увів поняття логічної, або епістемологічної, ймовірності, був Готфрід Вільгельм Ляйбніц. Він мав на увазі ймовірність, «котра впливає з природи речей тією мірою, наскільки ця природа нам відома, і котру можна назвати правдоподібністю. Вона приймається з урахуванням припущень. Але для того, щоб її оцінити, необхідно, аби самі припущення одержали певну оцінку і були приведені до однорідності, що дозволяє порівнювати їх між собою». Г. В. Ляйбніц також наполягав, що коли йдеться про ймовірності, «можна завжди визначити те, що є найбільш правдоподібним *ex datis*», тобто на підставі наявної в конкретній ситуації бази даних [6, с. 472].

Версії або рішення, котрі є висновками побудованих із використанням правдоподібних висловлювань юридичних аргументів, теж є правдоподібними. Від чого залежать і як визначаються ймовірність їх істинності, логічна сила побудованих для їх обґрунтування аргументів? З'ясування відповіді на це питання є метою даної розвідки. Шукана відповідь мала б створити надійніші підстави «зважування на терезах Феміди» аргументів протилежних сторін юридичного процесу з тим, аби зменшити частку розв'язань судових питань у дискреційний спосіб, підсилити раціональні засади їх контролю.

У пошуках відповіді на поставлене питання зафіксуємо перш за все *поняття аргументу*. У сучасній світовій «науці міркувати» поширене таке розуміння:

аргумент, тобто «ланцюг міркування» (*«train of reasoning»*), це послідовність взаємопов'язаних тверджень (*claims*) і резонів (*reasons*), що визначають зміст та силу позиції, обстоюваної конкретним промовцем [7, р. 13]. У найпростішому випадку, за С. Тулміном, основними складовими повністю висловленого аргументу є: підсумковий висновок (*claim*), або «пункт прибуття», усього міркування *C*; підстави (*grounds*), або фактичні дані, *G*; різноманітні усталені норми (*warrants*), з урахуванням яких будується аргумент, *W*; фундаментальні засади (*backing*) *B*; модальна характеристика *M* (*modal qualification*); можливі застереження чи заперечення (*rebuttals*) *Re*. Приклад юридичного аргументу з усіма вказаними складовими наведений на рис. 1 (докладніше див. [7, р. 25–27, 77]).

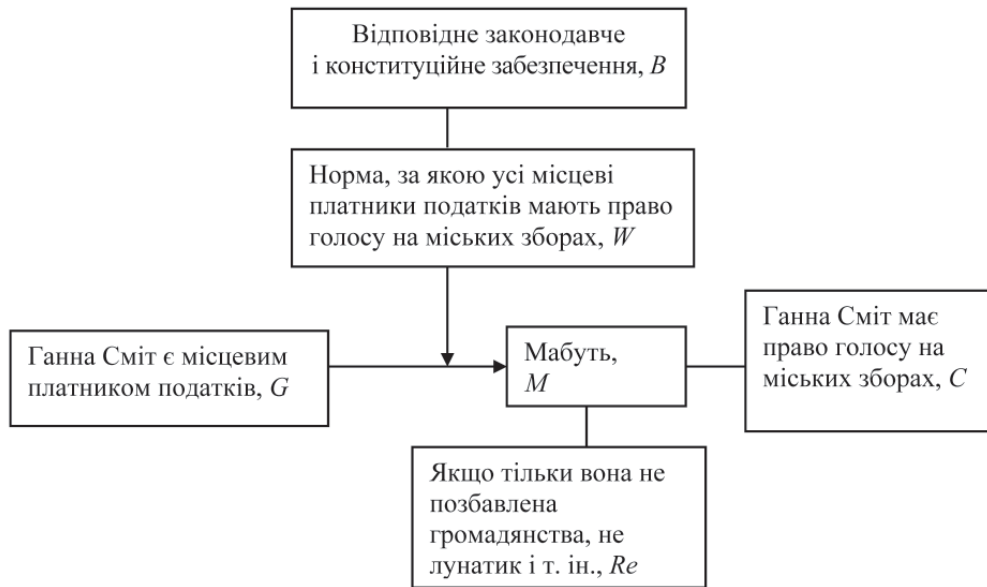


Рис. 1. Основні складові юридичного аргументу

Для подальшого принципово важливо те, що будь-який аргумент, за винятком правильного демонстративного з напевне істинними резонами, є відкритим для раціональної критики. Застереження чи заперечення в окремих випадках можуть бути вкрай малоймовірними і важко передбачуваними, проте ми в змозі раціонально оцінити розглядувані аргументи повною мірою тільки тоді, коли усвідомимо, за яких обставин вони можуть втратити надійність. Урешті-решт, тільки ясно розгледівши малоймовірні застереження чи заперечення, ми матимемо право відкинути їх на практиці [7, р. 27].

З огляду на істотну змагальність сучасних юридичних процесів врахування обопільних застережень чи заперечень сторін є необхідним моментом утілення принципу рівності перед законом і судом. «Структура судового провадження передбачає систематичне висловлення застережень чи заперечень. Юристи сторін завжди готові включитися у суперечку. Застереження чи заперечення щодо кожного твердження іншої сторони вносяться до офіційного протоколу з тим, щоб апеляційний суд, як і суд першої інстанції, включаючи суддю та присяжних, мали змогу їх врахувати. Присяжні не оприлюднюють своїх застережень чи заперечень. Коли досягається одноголосне рішення, ми зазвичай не дізнаємося

про невдалі контраргументи у кімнаті присяжних. Ми знаємо про справжнє зіткнення тільки якщо присяжні не в змозі дійти консенсусу. Суддя приймає рішення сам, без журі. Перед цим він мусить відмітити переваги й слабкості позиції кожної сторони. Не є незвичним, що такий подвійний підсумок, або «зважений рахунок» (*“balanced account”*), він включить до протоколу...», — так фахівці описують усталені в світовій практиці особливості суду присяжних [7, р. 223]. Серед припустимих заперечень важливим є наведення контраргументів. Власне, на підставі оцінки і порівняння сил усього (складного) аргументу, наприклад, із підсумковим висновком «Не винен» та відповідного контраргументу й повинні доходити раціонального рішення присяжні, суддя.

Таким чином, у дусі С. Тулміна, логічна ймовірність юридичного висновку *C* з огляду на побудований для його підтримки конкретний аргумент залежить від системи різноманітних резонів: фактичних даних (*G*); актуальних норм, передусім норм права та їх засад (*W, B*); застережень і заперечень (*Re*), котрі загалом можуть стосуватися і *C*, і *G*, і *W* з *B*. Та коли ймовірність висновку, або сила усього аргументу, фіксується у *якісний спосіб* — з допомогою відповідної модальної характеристики *M*, то чи не можна її оцінити ще й *кількісно*?

II

Як обчислити силу аргументу, тобто знайти *числове значення* логічної ймовірності підсумкового висновку? Ця задача, як вже відзначалося, в загальному вигляді була поставлена ще Г. В. Ляйбніцем. У XX ст. її різнобічно досліджували Дж. М. Кейнс, Р. Карнап та ін. [8; 9; 10].

Протягом останніх десятиліть у такому зв'язку з'явилася низка робіт, серед яких привертає увагу стаття канадця Дж. Блека [11]. Вона була стимульована дискусіями на конференції Міжнародного товариства вивчення аргументації (ISSA), що відбулася у 1990 р. в Амстердамі.

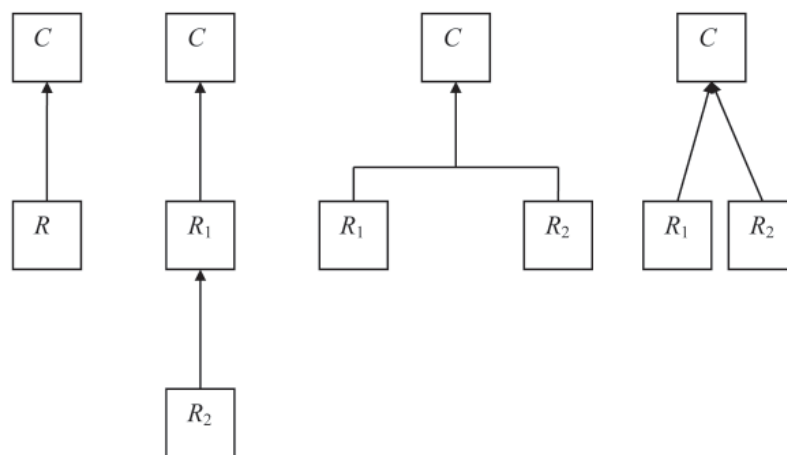


Рис. 2. Діаграми різних елементарних аргументів

Дж. Блек запропонував порівняно прості формули для знаходження сили різноманітних елементарних аргументів, на які може бути розкладений реальний складний «ланцюг міркування»: з одним резонаном, серіального аргументу

(*serial argument*), зі зв'язаними резонами (*linked argument*) і з незалежними резонами (*convergent argument*) (їх діаграми наведені на рис. 2). За вказаними формулами сили аргументів обчислюються за заданими ймовірностями вихідних резонів $P(R_i)$ і силами їх зв'язків між собою чи з відповідним висновком — можливо, через поступове сходження від проміжних висновків до підсумку всього «ланцюга міркування». Так, для аргументу з одним резонем було обґрунтовано (для зручності використані позначення, трохи змінені порівняно з оригінальною працею Дж. Блека):

$$P(C/R) = P(R) \times p(C/R).$$

У цій формулі величина $p(C/R)$ фіксує силу, з якою резон підтримує висновок, або просто силу логічного зв'язку між R і C . За визначенням $0 \leq p(C/R) \leq 1$. Для серіального аргументу з двома резонами:

$$P(C/R_1R_2) = P(R_2) \times p(R_1/R_2) \times p(C/R_1).$$

Для аргументу з двома незалежними резонами:

$$P(C/R_1, R_2) = P(C/R_1) + P(C/R_2) - P(C/R_1) \times P(C/R_2).$$

Нарешті, для зв'язаного аргументу:

$$P(C/R_1 \& R_2) = P(C/R_1) \times P(C/R_2) \times p(C/R_1 \& R_2).$$

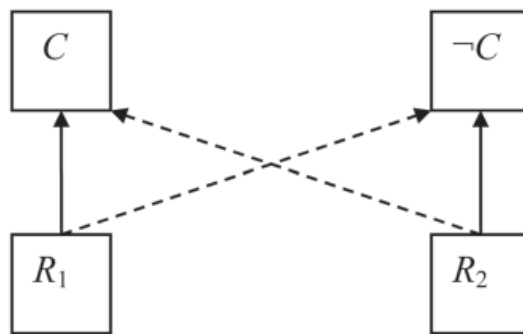


Рис. 3. Діаграми аргументу і контраргументу

Дж. Блек передбачив врахування не тільки підтримуючих даний висновок C резонів, а й заперечень, спрямованих на критику самого C або конструкції відповідного аргументу [11, р. 25–26]. Нехай до висновку C , підтримуваному резонем R_1 , висунуте заперечення — контррезон R_2 . Тоді ймовірність висновку i , відповідно, сила усього «рідного» йому аргументу має змінитися. Її значення, за Дж. Блеком, задаватиметься формулою:

$$P(C/R_1 \setminus R_2) = P(C/R_1) - P(C/R_1) \times P(-C/R_2).$$

Легко зрозуміти, що величина $P(\neg C/R_2)$ має сенс ймовірності контрвисновку $\neg C$, підтримуваному контррезонном R_2 . Разом $\neg C$ і R_2 складають відповідний контраргумент. Діаграми вихідного аргументу і контраргументу подано на рис. 3. Тут зв'язок між висновком C і контррезонном R_2 зображено пунктиром, так само як і зв'язок між $\neg C$ та R_1 .

Узагальнення вказаних Дж. Блеком простих формул для більшої кількості резонів не становить принципових труднощів (крім [11], наприклад, див.: [12; 13]).

Таким чином, вже запропоновані формули, за якими, знаючи структуру, ймовірності вихідних резонів і сили логічних зв'язків всередині аргументу, можна обчислити ймовірність істинності його висновку, тобто силу, *ex datis*. Знайдені формули ще дискутуються, удосконалюються, узагальнюються і т. ін., але проблема кількісної оцінки сили аргументів цим не обмежується.

III

Істотною складовою розв'язання проблеми кількісної оцінки сили аргументу виявляється встановлення, по-перше, значень ймовірностей вихідних резонів, по-друге — сил їх зв'язків між собою чи з проміжними висновками (вивідними резонами), із підсумковим висновком. Без розв'язання складної задачі вихідних даних не можна розрахувати ані ймовірності вивідних резонів, ані ймовірності кінцевого висновку. Утім універсальних і цілком задовільних раціональних алгоритмів розв'язання цієї задачі дотепер не знайдено.

Для юридичних аргументів дороговказами остаточної селекції вихідних даних зазвичай служать вимоги *належності*, *прийнятності* та *достовірності* резонів-доказів, а також врахування логічної природи виконуваних міркувань.

Іншим — евристичним — дороговказом видається *принцип індиферентності*, запропонований ще Я. Бернуллі та П. Лапласом. За ним можливим альтернативам приписуються рівні ймовірності тоді й тільки тоді, коли немає підстав віддати перевагу жодній. Альтернативами можуть бути, зокрема, певні резони та логічні зв'язки. Проте слідувати зазначеному принципу легко тільки у простих симетричних ситуаціях для вочевидь порівнюваних альтернатив [8, р. 44–69]; [10, с. 47–48, 58, 82].

Принцип індиферентності неодноразово піддавався критиці, зокрема Дж. М. Кейнсом. Урешті-решт він сформулював «цей принцип у більш точній формі, показавши необхідну його залежність від судження релевантності й таким чином виявивши прихований елемент безпосереднього судження, або інтуїції» [8, р. 69]. Отже, у нетривіальних ситуаціях істотним джерелом шуканих вихідних даних виявляється позараціональна інтуїція.

Важливі висновки щодо дійсних основ сучасної юридичної аргументації й прийняття рішень знаходимо у судді Апеляційного суду Вищого Суду Нового Південного Уельсу Девіда Ходжсона. На його думку, логічні правила, включаючи правила розрахунку ймовірностей, здатні орієнтувати, доповнювати чи корегувати правдоподібні міркування здорового глузду, але не в змозі їх замінити. Д. Ходжсон піддав критиці ідею достатності суто математичного обрахунку висновків, зауваживши, що оскільки для встановлення вихідних даних у загальному випадку потрібен здоровий глузд, то не видно підстав для його повного виключення на користь суто кількісних правил і на наступних стадіях процесу міркувань (див.: [14, р. 57, 64]).

Отже, встановлення необхідних для обчислення сили юридичного аргументу вихідних даних — ймовірностей базових резонів і сил логічних зв'язків всередині аргументу — у нетривіальних випадках не є цілком і повністю раціональною процедурою, залишаючись почасти справою інтуїції чи якісних оцінок здорового глузду конкретного правника у конкретній ситуації. Тому потрібні вихідні відомості самі часто виявляються лише більш-менш ймовірними і суб'єктивно залежними. Усе це, до речі, становить один із витоків юридичної дискреції, яка, навіть будучи цілком сумлінною, не гарантована від похибок і помилок.

IV

Сьогодні важко собі уявити слідчого чи суддю, який у повсякденній роботі використовуватиме точні математичні формули, шукатиме числові значення ймовірностей фактичних даних для обґрунтування версій, «зважування» аргументів обвинувачення та захисту. Тож чи потрібно надалі витрачати час і натхнення на пошуки розв'язання проблеми кількісної оцінки сили юридичних аргументів? Нове суттєве виправдання таких зусиль з'явилося наприкінці ХХ ст., із початком особливого періоду в історії людства — Інформаційної епохи. Її атрибутом є залучення все більшої частки населення планети до різно-рідних електронних мереж, буття в яких не тільки перетинається, а вже й конкурує зі «справжнім життям». Якщо розробляється і практикується «електронна політика» чи, взагалі, «кіберкультура», то чому б не налагодити і «повне електронне правосуддя» з безпомилковим слідчим та суддею, носіями штучного інтелекту? Серйозні теоретичні розробки у цьому напрямі вже виконуються, наприклад, відомим канадським дослідником у галузі неформальної логіки Дагласом Велтоном [15]. Елементи Е-правосуддя, зокрема електронний реєстр судових справ, у розвинутих країнах набули статусу повсякденності, а нещодавно був створений «*European E-Justice Portal*»...

Проте адептам довершеного Е-правосуддя не варто ігнорувати ані давнє спостереження М. Монтеня, ані сучасні висновки експертів у дусі Д. Ходжсона. Окрім усього іншого, вони професійно констатують таку міру складності багатьох реальних судових справ, яка ставить під сумнів вичерпне діаграмування і точну кількісну оцінку наявних у них аргументів/контраргументів. Потужний і вільний від прямого «впливу друзів» штучний інтелект потенційно здатен проаналізувати зібраний матеріал набагато краще та швидше за правника-людину. Проте він ще довго залишатиметься залежним від того, хто здійснюватиме первинний відбір матеріалу чи принаймні створюватиме алгоритми такого відбору. І чи буде штучний інтелект — дотепер по суті швидкодіюча раціональна машина — спроможний приписати усі необхідні для подальших розрахунків ймовірності вихідним резонам і силам ймовірнісних зв'язків всередині відповідних аргументів? Позитивна відповідь на зазначені питання сьогодні залишається доволі сумнівною. Хоча б із цієї причини у передбачуваному майбутньому в царині юридичної аргументації, в тому числі й у проектах Е-правосуддя, на перших ролях залишиться людина з її інтуїцією та здатністю до оцінок здорового глузду, звичайно, підсилювана дружнім штучним інтелектом.

Отже, виконана розвідка дозволяє стверджувати таке.

Сила (складного) юридичного аргументу визначається логічною ймовірністю істинності його (кінцевого) висновку. В загальному випадку ймовірність висновку визначається не абсолютно, а *ex datis*: вона залежить від наявної нара-

зі бази фактичних даних, різноманітних норм їх включення до конструйованого для обґрунтування даного висновку аргументу з урахуванням можливих заперечень і застережень.

Сьогодні відомі формули, за якими, знаючи структуру, ймовірності резонів і логічні зв'язки всередині аргументу, можна кількісно оцінити його силу та «зважити» — порівняно з відповідним контраргументом — на «терезах Феміди». Проте встановлення необхідних для обчислень вихідних даних у нетривіальних випадках почасти залишається справою позараціональної людської інтуїції чи здорового глузду, що проблематизує результат такого «зважування».

З огляду на проекти електронного правосуддя у побудові й оцінці юридичної аргументації у передбачуваному майбутньому людські істоти не втратять провідної ролі принаймні завдяки унікальності своєї природної інтуїції. Хоча це не виключає ані часткової допомоги штучного інтелекту сьогодні, ані принципової можливості утілення повного Е-правосуддя з часом. Остання перспектива передбачає, як видається, доповнення штучного інтелекту штучною інтуїцією чи штучним здоровим глуздом, котрі, щонайменше, не поступатимуться своїм природним аналогам. Чи залишиться такий вдосконалений штучний інтелект вільним від будь-яких «штучних дружніх впливів» а *la Montaigne* — наразі відкрите питання.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Монтень М.* Опыты : в трех книгах. Книги первая и вторая / Мишель Монтень ; [изд. подготовили А. С. Бобович, Ф. А. Коган-Бернштейн, Н. А. Рыкова, А. А. Смирнов]. — М. : Наука, 1980. — 704 с.
2. *Пшонка М.* З касаційного погляду / Микола Пшонка // Закон і бізнес. — 2012. — 5–13 лип. (№ 27–28). — С. 4.
3. *Годфруа Ж.* Что такое психология : в 2 т. / Ж. Годфруа ; [пер. с фр. Алипов Н. Н., Пегелау А. В., Эстрина Т. Я.]. — М. : Мир, 1999. — Т. 1. — 496 с.
4. *Leippe M. R.* Crime Seriousness as a Determinant of Accuracy in Eyewitness Identification / Michael R. Leippe, Gary L. Wells, Thomas M. Ostrom // Journal of Applied Psychology. — 1978. — № 63. — P. 345–351.
5. *Hacking I.* The Emergence of Probability. A Philosophical Study of Early Ideas about Probability, Induction and Statistical Inference / Ian Hacking. — Cambridge [a. u.] : Cambridge University Press, 1993. — 209 p.
6. *Лейбниц Г. В.* Некоторые соображения о развитии наук и искусстве открытия / Г. В. Лейбниц // Соч. : в 4 т. Т. 3. — М. : Мысль, 1984. — С. 461–479.
7. *Toulmin S.* An Introduction to Reasoning / Stephen Toulmin, Richard Rieke, Allan Janik. — New York : Macmillan Publishing Co., Inc., 1979. — viii, 343 p.
8. *Keynes J. M.* Treatise on Probability / J. M. Keynes // The Collected Writings of John Maynard Keynes: 29-volume Set. — Vol. 8. — Cambridge : Cambridge University Press, 1973. — 514 p.
9. *Carnap R.* Autobiography / R. Carnap // The Philosophy of Rudolf Carnap / Ed. by Paul Arthur Schilpp. — La Salle, Illinois : Open Court, 1963. — xvi, 1088 p. — (The Library of Living Philosophers).
10. *Кайберг Г.* Вероятность и индуктивная логика / Г. Кайберг. — М. : Прогресс, 1978. — 376 с.
11. *Black J.* Quantifying Support / John Black // Informal Logic. — 1991. — Vol. 13 (1). — P. 21–30.
12. *Tyaglo A. V.* How to Improve the Convergent Argument Calculation / Alexander V. Tyaglo // Informal Logic. — 2002. — Vol. 22 (1). — P. 61–71.
13. *Тягло А. В.* Логико-вероятностный аспект электронного правосудия / Тягло Александр Владимирович // Философские проблемы информационных техноло-

- гий и киберпространства. — 2013. — № 2. — С. 31–42 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.pglu.ru/innovation/cyberspace/issues/2013/2/2_2013.pdf
14. Hodgson D. Probability: The Logic of the Law — A Response / David Hodgson // Oxford Journal of Legal Studies. — 1995. — Vol. 15, № 1. — P. 51–68.
 15. Walton D. Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law / Douglas Walton. — Berlin — Heidelberg, 2005. — 270 p.

Тягло О. В. Проблема оцінки сили юридичного аргументу

Анотація. Оцінка сили юридичного аргументу може здійснюватися у якісний чи у кількісний спосіб. У першому випадку вона фіксується у певній модальній характеристиці висновку аргументу, а у другому — значенням його логічної ймовірності. Кількісна оцінка передбачає з'ясування: 1) за якими формулами за відомими вихідними даними розраховувати логічну ймовірність висновку аргументу; 2) як знайти потрібні вихідні дані, включаючи структуру, ймовірності вихідних резонів, сили логічних зв'язків усередині аргументу. В статті обговорено деякі формули, за якими, знаючи потрібні вихідні дані, можна обчислити силу аргументу. Проте підкреслено, що діаграмування юридичних міркувань і встановлення необхідних вихідних даних у нетривіальних випадках залишається почасти справою інтуїції чи правдоподібних оцінок здорового глузду *ex datis*. А це породжує суттєвий виклик для кількісної оцінки сили аргументів, у тому числі й з огляду на перспективу повного електронного правосуддя.

Ключові слова: юридичний аргумент, логічна ймовірність, інтуїція, здоровий глузд, повне електронне правосуддя.

Тягло А. В. Проблема оценки силы юридического аргумента

Аннотация. Оценка силы юридического аргумента может осуществляться качественно или количественно. В первом случае она фиксируется в некой модальной характеристике заключения аргумента, а во втором — значением его логической вероятности. Количественная оценка предполагает выяснение: 1) по каким формулам по известным исходным данным рассчитывать логическую вероятность заключения аргумента; 2) как найти нужные исходные данные, включая структуру, вероятности исходных резонансов, силы логических связей внутри аргумента. В статье обсуждены некоторые формулы, согласно которым, зная требуемые исходные данные, можно вычислить силу аргумента. Но подчеркнуто, что диаграммирование юридических рассуждений и установление необходимых исходных данных в нетривиальных случаях отчасти остается делом интуиции или правдоподобных оценок здравого смысла *ex datis*. А это порождает существенный вызов для количественной оценки силы аргументов, в том числе и в перспективе полного электронного правосудия.

Ключевые слова: юридический аргумент, логическая вероятность, интуиция, здравый смысл, полное электронное правосудие.

Tiaglo O. The Legal Argument Assessment Problem

Summary. It is natural to assess the legal argument strength qualitatively or quantitatively. In the first case we express the strength by some relevant modal qualification of the argument conclusion, in the second case — by value of its logical probability. The quantitative assessment presupposes explication: 1) by which formulas having known initial data to calculate logical probability of the argument conclusion; 2) how to find all necessary initial data including structure, probabilities of the initial reasons, and strengths of logical links in the argument. Some formulas which permit under given initial data to calculate the argument strength are discussed in the paper. But it is pointed out that diagramming of legal reasoning and assignment of the basic data necessary for calculations in nontrivial cases constitute a matter of intuition or approximate qualitative assessments *ex datis* partially. It creates an essential challenge to the argument strength quantitative assessment, particularly in prospect of complete electronic justice.

Key words: legal argument, logical probability, intuition, common sense, complete electronic justice.

СИЛОГІСТИЧНА МОДЕЛЬ ПРАВОВОГО ОБҐРУНТУВАННЯ: МІЖ ТРАДИЦІЄЮ І РЕАЛЬНІСТЮ

О. УВАРОВА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Правозастосуванню передрікають статус найбільш актуальної теми ХХІ століття: на долю правозастосовних органів випадає вирішення найдискусійніших питань, що виникають у суспільстві, а за самим правозастосуванням визнають статус гарантії забезпечення справедливості й виправлення несправедливості [1, хііі], «миру, добробуту, людської гідності і повсякденного життя» [2, р. 76]. Дійсно, йдеться про широку сферу правового регулювання: вирішення юридичних конфліктів, притягнення до юридичної відповідальності, встановлення юридично значущих фактів, надання певного правового статусу — учасники суспільних відносин постійно стикаються із застосуванням до фактів життя норм і принципів права уповноваженими на це суб'єктами. Відповідно, для органів публічної влади правозастосування виступає однією з основних форм реалізації їх повноважень.

Напевно, саме з огляду на таке значення правозастосування увагу вже не перше століття привертає питання про те, як правозастосовець приймає відповідне рішення, яким є механізм його вироблення. Але сьогодні акценти зміщуються: на перший план виходить не стільки питання вироблення рішення, скільки проблема його обґрунтованості. Від цього, як справедливо підкреслюється, значною мірою залежить легітимність права. «Не так важливо, як суддя дійшов відповідного висновку, якщо він зміг належним чином його обґрунтувати» [3, р. 236], довести його відповідність праву, переконати в його справедливості. Недарма судові рішення, як найбільш яскравий приклад правозастосовного акта, називають «публічним обличчям правосуддя, як закон — публічним обличчям правотворчості» [4, р. 1].

Метою цієї статті є перегляд традиційного для вітчизняної правової думки погляду на правозастосування як на стадійний процес, завданням якого є забезпечення реалізації норм права щодо конкретних життєвих випадків шляхом винесення індивідуально-правових рішень, крізь призму вимоги правової обґрунтованості правозастосовного рішення.

Небезпідставно вважається, що правозастосовна діяльність є доволі рутинною [5, р. 470]. Невипадково еталоном в цій сфері вважається метод правозасто-

© О. Уварова, 2014

сування, вироблений німецькою школою права і названий нею «*Relationstechnik*» («*relationship technique*» [6, р. 16], «техніка відносин»). Пояснення, чому йдеться саме про техніку відносин, знаходимо у Р. Циппелюса, який підкреслює важливість тісного взаємозв'язку (відносин) між конкретними фактичними обставинами і юридичними наслідками, на які вказує правова норма [7, р. 13]. Також часто використовуваною є назва: «*the step-by-step method*» [8, р. 20] (*покроковий метод*). Власне, йдеться про визнаний загальною теорією права підхід, коли процес правозастосування описується за прикладом логічного силогізму: правило поведінки (правова норма) є великою посилкою, факти в конкретній справі — малою посилкою, правозастосовне рішення — висновком [9, с. 3; 10, с. 256] (окремі автори уточнюють, що насправді йдеться про полісилогізм, тобто про ланцюг взаємопов'язаних силогізмів [11, р. 814]).

Такий підхід завдячує своїм походженням концепції розподілу влади, яка головним завданням судової гілки називає здійснення правосуддя, а отже — звернення до встановлених законодавчою владою правил поведінки для вирішення юридичних конфліктів. Крім того, судді потребують певного дороговказу, який одночасно б їх обмежував. Орієнтуючи суддю, як і будь-якого іншого правозастосовця, на силогістичну модель, ми спрямовуємо і одночасно стримуємо його в зусиллях із встановлення великої посилки юридичного силогізму — в іншому випадку підвищувалася б загроза нав'язування ним своїх особистих переконань і уявлень про цінності, результатом чого ставало б створення нової правової норми замість застосування існуючої. Але не слід забувати: встановлення юридичної основи вирішення справи вимагає від правозастосовця вміння використовувати всю «валізу прийомів», уявлення про які має дати юридична освіта і які включають в себе способи тлумачення, максими із подолання колізій і прогалін у позитивному праві, звернення до принципів права і багато іншого. В ідеалі, дотримання правозастосовцем усіх вимог до встановлення юридичної основи вирішення справи має забезпечити передбачуваність правового регулювання і правову рівність сторін [12, р. 75].

Утім, незважаючи на широку підтримку такого погляду на правозастосування, загальноновизнаним його назвати не можна. Більше того, дискусія між прибічниками силогістичної моделі правозастосування (яку також називають дедуктивною) і її противниками відома західній юридичній думці як протистояння формалістів (традиціоналістів) і реалістів. За великим рахунком, це спір між тими, від кого можна почути заклик «мислити як юрист» [13, р. 19–20; 14], і тими, хто вважає, що юридичне мислення відрізняється від звичайного людського мислення тільки тим, що його метою є вирішення певного юридичного питання. Ілюстрацією ідей перших могли б стати слова професора Кінгсфілда, героя оскароносного фільму «Паперова погоня» 1973 р., який свою лекцію для студентів-першокурсників почав так: «Ви будете вчити праву себе самі. Я буду тренувати ваш розум. Ви прийшли сюди з головами, повними каші, але якщо вцілієте, то підете звідси, вміючи мислити, як юристи». Говорячи про вміння мислити, як юрист, професор, чия фігура вважається знаковою, озвучив ідею, яка нараховує вже не одне століття. Ще в XVII ст. видатний англійський суддя Едвард Кокс вказував на те, що юридичне мислення відрізняється від звичного, буденного, навіть якщо останнє є дуже ґрунтовним. Крім того, як також підкреслив професор Кінгсфілд, різниця є не лише змістовною, а й процедурною. Тобто вона зумовлена не лише тим, що юристи знають правові норми, а звичайні

люди — ні. Більшою мірою її зумовлює те, що юристи й судді використовують методи аргументації, міркування й прийняття рішень, які відрізняються від аргументації й міркувань із боку неюрислів. Саме набуття вказаних навичок і стає головною метою підготовки майбутніх юристів й змістовним компонентом юридичної практики.

Реалісти ж наполягають на тому, що правозастосовець використовує так званий метод «назад працюючого мислення»: спираючись на інтуїцію й емоції, суддя, як і будь-яка інша людина, спочатку приймає рішення, а вже потім обґрунтовує його. Головна роль у такому процесі належить не логіці, а інтуїції. Адже «правосуддя є творчою працею, а не просто застосуванням закону на основі силогізму» [15, с. 187]. Вважається, що поштовх для розвитку школи правового реалізму дала написана у 1921 р. стаття Джозефа Хатчесона, тегаського федерального судді, яка змінила традиційні уявлення про правозастосування. Він стверджував, що помилково вважати, що зазвичай суддя передусім дивиться на текст правила, встановлює його мету, з'ясовує намір законодавця, щоб відповідно до цього вирішити справу. Більше відповідає дійсності, як вказував Дж. Хатчесон, твердження, що суддя спочатку, переважно базуючись на знанні обставин справи, аніж правової основи, інтуїтивно доходить висновку, як слід вирішити справу, а вже потім знаходить юридичне підґрунтя для аргументації свого рішення [16, р. 275].

Реалісти попереджають правозастосовців від захоплення логікою, оскільки вона часто вступає в конфлікт зі здоровим глуздом й заважає прийняттю соціально бажаних рішень. Та й у цілому виходять із того, що процес мислення судді або іншого суб'єкта правозастосування не піддається через свою емоційність логічному обґрунтуванню.

Є різні течії реалістів, що по-різному відповідають на питання про те, як правозастосовець приймає рішення. Є ті, хто, за прикладом судді Дж. Хатчесона, наполягають: правозастосовець спочатку вирішує, якого результату має бути досягнуто (наприклад, Буш має перемогти у справі «Буш проти Гора», 2000), і потім намагається аргументувати його (жорсткий реалізм). Є й такі, що вказують на інтуїтивність прийняття того чи іншого рішення: люди приймають рішення інтуїтивно, а потім намагаються обґрунтувати його [17, р. 103]; але оскільки інтуїція формується на підставі знань, інтуїція досвідченого правозастосовця може забезпечити досить точний результат. Інакше кажучи, суддя доходить певного висновку не тому, що він від самого початку мотивований на певний кінцевий результат, а тому, що попередні знання й переконання визначають його. Як із цього приводу свого часу підсумовували Р. Давид і К. Жоффре-Спінозі, законодавчі тексти часто розглядаються переважно як свого роду путівники у пошуках справедливого рішення, а не як суворі накази щодо відповідного способу тлумачення норми і вирішення справи. Деякі судді навіть прямо визнають, що спочатку знаходять справедливе рішення, а вже потім відшукують його обґрунтування у праві [18, р. 102].

Однак було б значним спрощенням виходити із того, що формалісти розглядають правозастосовців лише як операторів гігантської силогістичної машини, а реалісти зводять увесь процес правозастосування до інтуїтивного виведення рішення й ставлять його результат у пряму залежність від того, що «суддя з'їв на сніданок» [17, р. 102].

Сучасні формалісти погоджуються із тим, що правозастосування не є механістичною активністю. Безумовно, *Relationstechnik* функціонує найкраще, коли

нормативні акти і за змістом, і за формою відповідають встановленим вимогам. Окремі західні вчені в цьому сенсі говорять про «гарно написані закони» (*well-drafted statutes*), розуміючи під ними акти, що є добре узгодженими між собою; чітко вказують, на кого поширюється їх дія і за яких обставин слід ними керуватися; дозволяють правозастосовцю віднаходити об'єктивні факти, а не ґрунтуватися на суб'єктивних оцінках; не очікують від правозастосовця винесення політично мотивованих рішень; зводять до мінімуму ситуації, коли правозастосовець змушений звертатися до оціночних понять і використовувати свободу розсуду [19, р. 95–96]. Однак це не означає, що формалісти ігнорують необхідність вирішення так званих «складних справ».

Слід зазначити, що проблема «складних справ» — це великою мірою проблема судового правозастосування, причому здебільшого на стадії апеляційного або касаційного оскарження. Адже правозастосування в позасудовому порядку відбувається переважно за підстав, які не передбачають наявності спору про право. Йдеться про ситуації, коли до компетенції уповноваженого органу входить винесення рішення, яке є необхідною підставою для реалізації прав і обов'язків учасників суспільних відносин (рішення про призначення пенсії, про реєстрацію юридичної особи, про надання статусу інваліда, про реєстрацію платника податків тощо), або яким фіксується певний юридично значущий факт (народження, шлюбу, смерті) тощо. Такі правозастосовні рішення приймаються у безспірному порядку. І лише у разі, якщо сторона, щодо якої прийнято відповідне рішення, або особа, чиї інтереси таке рішення зачіпає, вважає, що її права або законні інтереси було порушено, вона може ініціювати процедуру оскарження. Це може бути адміністративний порядок оскарження (до вищого органу) або судовий.

Але навіть у цьому випадку важливо розуміти: якщо закон є чітким і зрозумілим, і вироблене на його підставі рішення є очевидним, мало хто буде його оскаржувати. Скажімо, якщо державний реєстратор залишає без розгляду заяву фізичної особи щодо реєстрації її підприємцем на тій підставі, що нею не подано документ, який підтверджує внесення реєстраційного збору за проведення державної реєстрації фізичної особи — підприємця (відповідну підставу передбачено законом), то, швидше за все, фізична особа утримається від оскарження такого рішення в суді, віддавши перевагу виправленню допущеної помилки і заново подавши документи для реєстрації. Тільки у тих випадках, де існує спір про право, і обидві сторони вважають, що мають реальний шанс на перемогу (отже, мають аргументи на користь своєї позиції), вони звертаються до суду. Про ще більший характер складності справи, за загальним правилом, свідчить факт звернення сторони у справі до апеляційного суду або, у подальшому, касаційне оскарження, адже в цьому випадку йдеться про те, що суд не зміг переконати її у правильності свого рішення.

Як результат такої об'єктивно зумовленої юридичної «селекції» — чим вища судова інстанція, тим відсоток складних справ і рівень їх складності є більшими. І в таких складних випадках особливо загострюється питання особистих поглядів судді на ті чи інші питання, щодо яких у суспільстві немає єдиного погляду. Як свідчить практика вищих судових інстанцій інших держав, судів конституційної юрисдикції, а також рішення Європейського суду з прав людини, це питання, пов'язані із впливом науково-технічного прогресу на життя людини (спірні питання штучного запліднення, проблема евтаназії), дискусії щодо

легального визнання одностатевих відносин, положення національних і релігійних меншин у суспільстві тощо. У складних справах немає єдиної правильної відповіді, яку можна було б вивести із правової норми, або, принаймні, вона не є очевидною. Це ті справи, які нагадають нам про те, що право не може розглядатися виключно як інструмент «організації» співжиття різних членів суспільства. Основним його завданням стає забезпечення балансу інтересів суб'єктів, що особливо актуально, коли йдеться про приватноправові відносини.

У цьому сенсі інтерес становить класифікація типів правозастосування, свого часу запропонована А. Бараком, який залежно від категорії справи поділяє правозастосування на такі види: 1) правозастосування у легких і зрозумілих справах, для яких наявний лише один варіант вирішення на підставі існуючих норм позитивного права; 2) незрозумілі справи, в яких лише детальний аналіз має показати, що лише одне з можливих рішень у правовому сенсі є правильним; 3) важкі справи або, за термінологією Джозефа Раза, «неврегульовані спори», в яких виникають питання, на які право не дає одну-єдину допустиму відповідь [20, с. 51–52; 21, с. 72].

У свою чергу, правовий реалізм, який, як стверджується дослідниками, було неправильно сприйнято практично усюди за межами своєї батьківщини — США [22, р. 1362], не відкидає значення правової основи вирішення справи, однак вказує на необхідність врахування неправових факторів (особистість правозастосовця, його особисті погляди і переконання, пріоритети з точки зору публічної політики), які формують уявлення про те, як має бути вирішена справа ще до того моменту, як правозастосовець звертається до правових норм [13, р. 138]. Здійснюються навіть спроби прогнозування, яке рішення буде прийнято, виходячи із таких показників, який вік кожного із суддів, які будуть приймати рішення, статевої належності, національності, місця проживання, належності до політичної сили на момент обрання на посаду судді тощо. Враховується, яку позицію у схожих справах раніше займав той чи інший суддя. Усе це дозволяє робити доволі чіткі прогнози щодо того, яке рішення буде винесено у певній справі [23]. А деякі автори навіть стверджують, що це більш надійний показник, аніж аналіз тексту нормативних актів і прецедентів, що мають бути застосовані для вирішення справи. І продовжуючи цю думку, говорять про те, що за іронією долі, Верховний суд — це останнє місце, де слід шукати чітку правову аргументацію.

Реалісти часто зображуються скептиками, які тільки те й роблять, що сумніваються в традиційній теоретичній моделі правозастосування. Їм на захист можна сказати, що реалісти перш за все хотіли збільшити визначеність і передбачуваність права шляхом з'ясування справжньої природи правозастосування. Крім того, реалісти ставили за мету реформувати юридичну освіту, зокрема шляхом впровадження клінічної юридичної освіти, яка тепер наявна практично в кожному американському юридичному навчальному закладі (і набуває все більшої популярності в Європі). Не можна не згадати і про те, що на основі правового реалізму виникла нова школа юриспруденції, що довгий час домінувала в США і набула поширення в інших країнах, а також у міжнародно-правовій науці — економічний аналіз права.

Як бачимо, дебати між правовими реалістами і традиціоналістами можуть бути зведені до порівняння способів їх мислення [24, р. 454]. Перша модель є швидкою й інтуїтивною, в той час як друга є більш логічною, системною і схиль-

ною до роздумів. Це позначилося і на традиції викладення правозастосовного рішення. У «німецькому» рішенні викладається «стандартний хронологічний опис з єдиною точкою зору на події, що мали місце». Німецький процес навіть не намагається тримати інтригу. Він не вдається до боротьби за уяву читача, не включає до своєї історії детального опису юридично незначущих, але по-людськи цікавих обставин. Образно кажучи, за німецькою (традиціоналістською) моделлю суддя ставить перед собою завдання написати історію, засновану на фактах, які встановлено під час розгляду справи. Сторони спору забезпечують суддю матеріалом, який є необхідним для його роботи. Метою їх співпраці є рішення, що відповідає праву. Окремі елементи провадження, яких вимагає закон, служать ніби «окулярами», крізь які суддя розглядає справу. Це ніби невеличкий театр, церемонія економна, зали судових засідань скромні, і судді головуєть з висоти декількох сантиметрів, а не метрів, як це буває в США. Атмосфера більш тісної співпраці й менш конфронтаційна, ніж у американських колег. Німецькі судові процеси нагадують спільні проекти, на кшталт збирання головоломки або розгадування кросворду.

Крім того, традиціоналістська модель, орієнтована, як ми вже казали, на покроковий метод, об'єктивно зумовлює те, що правовий аналіз проблеми ніколи не може починатися із висновку про кінцевий результат (або навіть із уявлення про те, яким він має стати). Навпаки, кінцевий результат має бути отримано шляхом встановлення фактичних і юридичних обставин справи, крок за кроком [8, р. 21].

Наведені вище характеристики правозастосування у світлі двох найбільш відомих теорій, які по суті стали яскравим відображенням впливових правових традицій — континентальної і англосаксонської, дозволяють дещо по-іншому поглянути на модель правозастосування, що стала звичною для вітчизняної юридичної думки. Наведена в ній силогістична модель традиційно має за мету надати уявлення *про зовнішній бік правозастосування*, представити його як сукупність процедурних дій, що утворюють відповідні стадії — стадію встановлення фактичних обставин справи, стадію визначення правової норми, що відповідає встановленим обставинам, і стадію ухвалення рішення. Наведений підхід до правозастосування залишає (як видається, виправдано) поза дужками питання про те, як правозастосовець доходить відповідного рішення — інтуїтивно, ще до того, як звертається до норми права, або ж крок за кроком вивчаючи обставини справи? Який вплив на нього мають позаюридичні фактори (власні уподобання, симпатії, життєвий досвід тощо)? Така модель правозастосування є нормативною — вона не описує, вона орієнтує правозастосовця на те, яким є *належний* шлях до вироблення рішення. Однак на відміну від західного свого відповідника (школи традиціоналістів, або формалістів) такий підхід не є концепцією способу правового мислення. Він описує правову форму *діяльності*.

Чи є поєднуваними ці два підходи до розкриття природи правозастосування? Вважаємо, що так. Цю статтю ми починали зі слів про все більше усвідомлення того, що не є таким важливим, в який мисленнєвий спосіб суддя чи інший правозастосовець доходить того чи іншого висновку... Головне, чи є такий висновок належним чином обґрунтованим. Вимога правової обґрунтованості правозастосовного акта ніби примирює силогістичну модель правозастосування як правової форми діяльності із дедуктивною моделлю правозастосування як

способу правового мислення. Вона (визнаючи, що уявлення про правозастосування як про силогізм є значним спрощенням, а спосіб правового мислення взагалі не піддається зовнішньому регулюванню і дійсно може мати численні індивідуальні особливості) *зобов'язує правозастосовця обґрунтувати своє рішення, беручи за основу той самий силогізм*. Указана вимога одночасно виконує роль і орієнтира для правозастосовця у вирішенні ним певного юридичного питання, і обмежувача його свободи, зв'язуючи правозастосовця необхідністю звернення до наявних норм і принципів права, дисциплінує його. Крім того, зміщуючи в такий спосіб акцент і розглядаючи силогістичну модель саме як модель *обґрунтування* рішення, як певний методологічний прийом, який не замінює сутнісної сторони процесу, не перетворює правозастосовця на «устрій із вирішення проблем» [6, р. 24], ми фактично прислухаємося до тих критиків, які вказують, що уявлення про правозастосування як про силогізм автоматично виключає творчу складову цього процесу, характеризує його суто як технічну діяльність.

Окремо слід відзначити: чим більшими є підстави вважати, що розглядуване юридичне питання є складним (неоднозначною є практика його вирішення, справа перебуває на стадії апеляційного або касаційного оскарження тощо), тим вищими є вимоги до правової аргументації правозастосовного акта (як підкреслює К. Енгель, чим вищим є суд, тим довшим є його рішення [6, р. 12]). За загальним правилом, як від пересічної людини очікують, що вона буде дотримуватися закону, навіть якщо вона вважає його помилковим, так і від правозастосовця очікують слідування правовому припису, навіть якщо він не згоден із ним. Як і роздратовані батьки, які не змогли переконати дитину, говорять: «Тому що я так сказав!», так само може вчинити і право. Тому перед правозастосовцем, який вважає за необхідне відхилитися від правового припису, стоять найвищі вимоги до аргументації рішення, що ним приймається.

Силогістична модель правового обґрунтування, таким чином:

по-перше, змушує правозастосовця, яким би не був мисленнєвий процес вироблення відповідного рішення (а ми не можемо повністю виключити вплив позаюридичних факторів, особливо якщо йдеться про «складні справи»), перевірити правильність отриманого результату: він має переконати себе, адресатів рішення, вищі судові інстанції, юридичну громадськість і суспільство в цілому [25, р. 326];

по-друге, створює можливість проконтролювати правозастосовця, визначити, чи зрозумів він позиції сторін у справі, дає основу для перегляду його рішення, надання йому оцінки [5, р. 470];

по-третьє, відіграє важливу роль у процесі юридичної освіти — вона не змушує студентів повірити у механічність самого процесу правозастосування, але в той же час пропонує їм аналітичну структуру, яка виступає універсальним орієнтиром при виробленні правозастосовного рішення [26, р. 23]. «Навчитися належному правовому обґрунтуванню — це як вчитися малювати або писати художні твори. Цьому вчать упродовж всього життя», — зазначав Дж. Делані, автор книги «Навчання правовому обґрунтуванню» [26, р. 13]. Однак і він не заперечував: творчість без методичних обмежень часто є безладною і неефективною.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Charles Bradley J.* Applying law / Bradley J. Charles. — Carolina Academic Press, 2011. — 121 p.
2. *Sherwin E.* Demystifying Legal Reasoning / Emily Sherwin, Larry Alexander. — Cambridge University Press, 2008. — 264 p.
3. *Spaak Torben.* Principled and Pragmatic Theories of Legal Reasoning / Torben Spaak, Anders Fogelklou. — Festschrift Till Ake Frandberg, 2003. — P. 235–262.
4. *Popkin William D.* Evolution of the judicial opinion : institutional and individual styles / William D. Popkin. — New York University Press, 2007. — 301 p.
5. *Maxeiner James R.* Imagining Judges that Apply Law: How They Might Do It / James R. Maxeiner // Pennstate Law Review. — 2009. — Vol. 114, Number 2. — P. 469–483.
6. *Engel C.* The Impact of Representation Norms on the Quality of Judicial Decisions / Christoph Engel // Max Planck Inst. for Research on Collective Goods, Working Paper. — 2004. — № 13. — 46 p.
7. *Zippelius R.* Introduction to German Legal Methods / Reinhold Zippelius, Kirk W. Junker, P. Matthew Roy. — Carolina Academic Press; 10th edition, 2008. — 180 p.
8. *Wolff L.-C.* Structured Problem Solving: German Methodology from a Comparative Perspective / Lutz-Christian Wolff // Legal Education Review. — 2004. — Vol. 14, № 1. — P. 19–51.
9. *Васьковський Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковський. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. — 400 с.
10. *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. — М. Изд. Бр. Башмаковых, 1911. — Т. I. — Вып I. — 698 с.
11. *Huhn W.* The Use and Limits of Deductive Logic in Legal Reasoning / Wilson Huhn // Santa Clara Law Review. — 2002. — Vol. 42. — P. 813–862.
12. *Evald J.* Law, Method and Values, in Legal Theory / Jens Evald // Stockholm Institute for Scandianvian Law. — 2000. — P. 73–94.
13. *Schauer F.* Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning / Frederick Schauer. — Harvard University Press, 2012. — 256 p.
14. *Vandavelde K. J.* Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning / Kenneth J. Vandavelde. — Westview Press, 2010 — 352 p.
15. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления : монография / С. И. Максимов. — Харьков : Право, 2002. — 328 с.
16. *Hutcheson J.* (1929). The judgment intuitive: The function of the «hunch» in judicial decision / J. Hutcheson // Cornell Law Journal. — 1929. — № 14. — P. 274–288.
17. *Guthrie C.* Blinking on the bench: How judges decide cases / C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A. J. Wistrich // Cornell Law Review. — 2007. — № 93. — P. 101–141.
18. *Давид Р.* Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. — М. : Междунар. отношения, 1999. — 400 с.
19. *Ratnapala S.* Jurisprudence / Suri Ratnapala. — Cambridge University Press, 2009. — 390 p.
20. *Барак А.* Судейское усмотрение : пер. с англ. / А. Барак. — М. : Норма, 1999. — 376 с.
21. *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты / А. Н. Верещагин. — М. : Междунар. отношения, 2004. — 344 с.
22. *Tumonis V.* Legal Realism & Judicial Decision-Making / Vitalius Tumonis // JURISPRUDENCE. — 2012. — № 19(4). — P. 1361–1382.
23. *Евсеев А.* Верховный Суд США сегодня / А. Евсеев. — Харьков : Юрайт, 2014. — 56 с.

24. *Evans J. St.* In two minds: Dual process accounts of reasoning / J. St. Evans // Trends in Cognitive Sciences. — 2003. — Vol. 7, Issue 10. — P. 454–459.
25. *Engel Ch.* The impact of institutions on the decision how to decide / Christoph Engel // Journal of Institutional Economics. — 2007. — № 3. — P. 323–349.
26. *Delaney J.* Learning Legal Reasoning: Briefing, Analysis and Theory / John Delaney. — John Delaney Pubns, 1987. — 139 p.

Уварова О. О. Силлогістична модель правового обґрунтування: між традицією і реальністю

Анотація. У статті наведено огляд основних положень школи формалістів і школи реалістів щодо правозастосування, зокрема щодо вироблення правозастосовцем рішення у справі.

Зроблено такий висновок: західна юридична думка використовує силлогістичну модель (правова норма як велика посилка, фактичні обставини справа — мала посилка, рішення у справі — висновок) для пояснення процесу правового мислення. Вітчизняна правова доктрина за допомогою силлогізму описує зовнішній бік правозастосування, сукупність процедурних дій, що утворюють відповідні стадії. Запропоновано розглядати силлогістичну модель як модель правового обґрунтування правозастосовного рішення.

Ключові слова: правозастосування, формалісти, реалісти, силлогізм, складні справи, правове обґрунтування.

Уварова Е. А. Силлогистическая модель правового обоснования: между традицией и реальностью

Аннотация. В статье приведен обзор основных положений школы формалистов и школы реалистов о правоприменении, в частности о выработке правоприменителем решения по делу.

Сделан следующий вывод: западная юридическая мысль использует силлогистическую модель (правовая норма как большая посылка, фактические обстоятельства дела — малая посылка, решение по делу — заключение) для объяснения процесса правового мышления. Отечественная правовая доктрина с помощью силлогизма описывает внешнюю сторону правоприменения, совокупность процедурных действий, образующих соответствующие стадии. Предлагается рассматривать силлогистическую модель как модель правового обоснования правоприменительного решения.

Ключевые слова: правоприменение, формалисты, реалисты, силлогизм, сложные дела, правовое обоснование.

Uvarova O. Syllogistic Model of Legal Reasoning: Between Tradition and Reality

Summary. The article provides an overview of the main provisions of the formalists and realists schools on law applying and, in particular, on the elaboration of decision in the case.

It was concluded: Western legal thought uses the syllogistic model (legal norm as the major premise, the factual circumstances of the case — the minor premise, and decision — conclusion) to explain the process of legal reasoning. Domestic legal doctrine describes the outer side of law applying by a syllogism, as a set of the procedural actions, forming the corresponding stage. It is proposed to consider the syllogistic model as a model of legal reasoning of law-applying decision.

Key words: law applying, formalists, realists, syllogism, hard cases, legal reasoning.

ОСНОВНІ ЗАХІДНІ ТЕОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

В. ТИТОВ
*доктор філософських наук,
професор кафедри логіки
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Протягом останніх п'ятдесяти років у світовій логіко-методологічній та філософсько-правовій літературі постійно зростає інтерес до проблем аргументації. Література з цієї тематики величезна, і немає сенсу навіть намагатися у цій статті врахувати всі запропоновані підходи. Така відмова не означає заперечення роботи, виконаної багатьма дослідниками у цій царині, які не будуть згадані далі, або якоїсь неповаги до них — мова йде лише про фізичну неможливість адекватно відобразити їх внесок у короткій публікації.

Практично за весь радянський період теорія аргументації в СРСР не розроблялася. Так звана адміністративно-командна система не сприяла конкуренції думок і позицій як передумови такої теорії. До зацікавленості нею привело пожвавлення суспільного життя у 1980-х роках і рух до демократії. Тому останніми десятиліттями у пострадянських країнах посилюється науковий і практичний інтерес до теорії аргументації. Над її розробкою плідно працюють такі сучасні українські та російські дослідники, як О. Алексєєв [1], І. Герасимова [2], О. Івін [3], А. Конверський [4], В. Курбатов [5], О. Лисанюк [6], А. Мігунов [7], М. Міхалкін [8], М. Попович [9], Г. Рузавін [10], О. Тягло [11], І. Хоменко [12], О. Щербина [13] та ін.

Пропонована стаття присвячена аналізу основних західних теорій юридичної аргументації.

Континентальна європейська аргументативна традиція була закладена ще Гераклітом і Парменідом. Софісти надали аргументації форми еристики, тобто мистецтва суперечки. Сократ і Платон перетворили її у маєвтичну діалектику. Нарешті, Арістотель і Цицерон запропонували перші теорії юридичної аргументації.

У цій статті нема потреби ретельно відслідковувати хід історичного розвитку цих теорій. (Огляд античних, середньовічних та новоєвропейських концепцій юридичної аргументації див. у роботах [14; 15; 16].) Важливіше розглянути найбільш впливові підходи, що сформувалися у другій половині ХХ ст.

Слід зазначити, що не лише в колишньому СРСР, а й на Заході сучасні теорії аргументації почали розвиватися тільки наприкінці 1950-х років. Найбільш визнані теорії були сформульовані бельгійським юристом Хаїмом Перельманом, британським вченим Стівеном Тулміном, німецьким

дослідником Робертом Алексі, канадцем Дугласом Волтоном, а також сучасними дослідниками із Нідерландів Франсом ван Емереном, Робом Гроотендорстом та їх учнями.

У 1958 р. вийшла книга «Трактат про аргументацію: нова риторика» [17] Х. Перельмана (1912–1984), написана у співавторстві з Люсі Ольбрехтс-Тітекою (1899–1987), якій належав ілюстративний матеріал. Х. Перельман виходив із того, що поза доведеннями в математиці й природознавстві є сфера аргументів, які, не маючи доказової сили, все ж орієнтовані на те, щоб переконати у правоті якоїсь тези. Це можуть бути міркування філософа, що спростовує чийсь аргументи і захищає власну теорію, або просто розмова двох друзів, які вирішують, як краще провести разом канікули. У правових, політичних і етичних доктринах також є раціональні, але не демонстративні докази. Узагалі, там, де мова йде про цінності, логіка строгих доказів є марною.

Теорія аргументації методично вивчає доводи здорового глузду в ситуаціях вибору з посиланням на цінності, коли виключено насильницьке нав'язування якої б то не було точки зору. Відрізняючи аргументацію від демонстрації, логіку від риторики, вчений намагався «відновити право і етику в царстві розуму», бо класична модель раціональності, що орієнтована на математику і природознавство, не є єдиним типом строго наукового мислення. «Наш метод, — писав Х. Перельман, — радикально відрізняється від способу соціальних, політичних і філософських міркувань за моделлю, запозиченою з дедуктивних і експериментальних наук» [17, р. 5]. Це включало «нову риторика» як відновлення античної риторики і грецької діалектики, мистецтва переконувати, вести дискусію і вміння вирішувати складні проблеми.

Неориторика спирається не тільки на здатність людини до абстрактних і безсторонніх умовиводів, а й на схильність до емоційних і моральних поривів. Поєднання цих проявів людської ментальності означає, що понад раціональність та емоційність має бути розсудливість. Це добре розуміли давні греки, особливо Арістотель, автор «Топіки» і «Риторики».

Для досягнення переконання необхідний аналіз структури, функцій і меж переконливого дискурсу. Такий аналіз показує, що сфера переконливого не збігається ані із суто раціональним, ані з ірраціональним. Виокремлюючи різні структури аргументації, Х. Перельман звернув увагу на широкий спектр можливих дискурсів і технік обґрунтування в гуманітарних науках, політичних диспутах, промовах адвокатів і судових рішеннях.

Як показала вітчизняна дослідниця О. Шапіро [18], згідно з Х. Перельманом раціональне підґрунтя аргументації залежить від публіки (*аудиторії*), на яку ця аргументація спрямована. Сама ж аргументація має спиратися на два основних джерела: *факти* та ієрархічно упорядковані *цінності*. З істиною передусім мають справу математичні й природничі науки. Для них Х. Перельман пропонує залишити термін «доведення». Для суспільних же наук, які мають справу з цінностями, він пропонує замість терміна «доведення» застосовувати термін «аргументація». На відміну від доведення, аргументація не може бути правильною чи неправильною — її можна оцінювати як сильну чи слабку, переконливу чи непереконливу.

Крім того, важливим моментом аргументативного процесу є створення «присутності», тобто особистої причетності аргументатора до обговорюваного предмета. З нею пов'язане те, в якому вигляді, в яких риторичних фігурах

будуть присутні аргументи. Х. Перельман та Л. Ольбрехтс-Тітека вважають фігуру аргументативною, якщо вона спричинює зміни в ході дискусії. Залежно від отриманого ефекту аргументація може бути сильною або слабкою.

Аргументація завжди є шляхом взаємодії з аудиторією, де воля оратора поєднується із бажанням аудиторії його слухати і сприймати аргументи. Будуючи аргументацію, ми маємо пам'ятати, що є два шляхи збереження (отримання) прихильності аудиторії. До першого відносять квазілогічний шлях апеляції до реальності; до другого — відповідь на суперечливі точки зору у вигляді роз'єднання та узагальнення аргументів.

Підхід Х. Перельмана відродив «стару риторику» Арістотеля у тій частині, що після багатьох століть штучного рафінування аргументативний процес знову почали розглядати з урахуванням суб'єктивного чинника.

Того ж року, що й «Нова риторика», вийшла книга «Застосування аргументів» [19] С. Тулміна (1922–2009), вихідна ідея якої перегукувалася з думкою Х. Перельмана.

С. Тулмін розрізняє два види аргументів: «матеріальні» (практичні) та «аналітичні» (теоретичні). До перших, наприклад, належать висновки з наявних даних або тверджень, що здаються очевидними. Аналітичні аргументи базуються на певних незмінних та універсальних принципах, але завдяки цьому їх абсолютизму вони мають обмежене практичне значення. Абсолютизм походить від ідеалізованої формальної логіки Платона, яка виступає від імені універсальної істини, тому прихильники абсолютизму вважають, що моральні проблеми можуть бути вирішені шляхом приєднання до стандартного набору моральних принципів, незалежно від контексту. На відміну від цього, С. Тулмін твердить, що багато так званих «стандартних принципів» не мають відношення до реальних ситуацій, з якими стикаються люди в повсякденному житті, і тому пропонує поняття *аргументативного поля*. Деякі аспекти аргументації варіюються від поля до поля, і тому є «полезалежними», а деякі — не залежать від поля, є «поліінваріантними» в усіх сферах. С. Тулмін розробив стандарти інваріантної аргументації і запропонував своєрідну матрицю, яка містить шість взаємопов'язаних компонентів для аналізу аргументів.

1. *Теза/висновок (Claim/Conclusion)* — те, що має бути встановлено, стати висновком аргументації. Скажімо, якщо людина намагається переконати, що вона є громадянином Великобританії, теза звучить: «Я є британський громадянин».

2. *Підстава (Ground, Fact, Evidence, Data)* — факти, до яких ми звертаємося як до підстави для заяви. Наприклад, людина може підтримати своє твердження документально засвідченим фактом: «Я народився на Бермудських островах».

3. *Підтримка (Warrant)* — доповнення, що спрямовані на підтвердження висловлювання, яке міститься у підставах; заява про дозвіл руху від даних і твердження. Для того щоб перейти від даних «Я народився на Бермудських островах» до твердження «Я громадянин Великобританії», особа зобов'язана вказати підтримку для подолання розриву між 1 і 2 із заявою «Людина, народжена на Бермудських островах, буде юридично громадянином Великобританії».

4. *Резерв (Backing)* — доповнення, що спрямовані на підтвердження висловлювання, яке міститься у підставах. Повноваження про громадянство висловлюється в підтримці, але має бути введена додаткова підтримка з резерву, якщо основна підтримка сама по собі не є досить переконливою. Наприклад, якщо

адресат не вважає підтримку достатньою, доведеться вказати правове положення як додаткову підставу, щоб показати, що «усі люди, які народилися на Бермудських островах, є юридично громадянами Великобританії».

5. *Спростування (Rebuttal)* — можуть бути обмеження для вихідних тверджень. Прикладом може служити спростування: «Людина, яка народилася на Бермудських островах, буде юридично британським громадянином, якщо вона не зрадила Великобританію і не була, ставши проти неї, шпигуном іншої країни».

6. *Визначник, або Кваліфікат (Qualifier)*, — модальні слова або фрази, що виражають ступінь сили чи впевненості щодо вихідного твердження. Це такі слова чи фрази, як «можливо», «ймовірно», «неможливо», «звичайно» або «обов'язково». Претензія «Я безумовно громадянин Великобританії» має більший ступінь сили, ніж претензія «Мабуть, я громадянин Великобританії».

Перші три елементи — «теза», «дані» і «підтримка» вважаються основними компонентами практичних аргументів, а друга тріада — «резерв», «спростування» і «кваліфікат» можуть бути непотрібні в деяких аргументах.

Учені з Університету Амстердама Ф. ван Еемерен і Р. Гроотендорст запропонували більш строгий сучасний варіант теорії аргументації під назвою «прагма-діалектика» [20]. Її головна ідея полягає в розробці чітких правил, які, якщо їх дотримуватися, дадуть у раціональній дискусії обґрунтовані висновки. У цій ідеальній моделі критичної дискусії розрізняють чотири стадії обговорення, які його учасники повинні пройти, щоб вирішити свої розбіжності: етап протистояння, початковий етап, етап аргументації та заключний етап. На етапі протистояння співрозмовників встановлюється, що у них є розбіжності. На наступному, початковому, етапі вони вирішують усунути цю різницю у думках. Співрозмовники мають визначити їх відправні точки: вони узгоджують правила обговорення і встановлюють, які пропозиції вони можуть використовувати у своїй аргументації. На стадії аргументації проponent захищає свою точку зору, висуваючи аргументи проти заперечень або сумнівів. На заключному етапі обговорення сторони мають оцінити, наскільки їх первісні розбіжності в думках були вирішені, і на чію користь. Модель також визначає характер розподілу мовних актів, які відіграють конструктивну роль на різних стадіях процесу врегулювання.

Автори прагма-діалектики пропонують десять правил для критичного обговорення аргументів. Хоча теорія постулює ці правила як засоби створення ідеальної моделі аргументації, однак вони можуть служити важливим інструментом для тестування того, як у реальності наближається цей ідеал, навіть тоді, коли ці правила порушуються. Будь-яке таке порушення становитиме оману. Хоча і не в першу чергу зосереджені на помилках, прагма-діалектика забезпечує системний підхід для боротьби з ними.

1. *Правило свободи.* Сторони не повинні заважати одна одній у висловлюванні своєї точки зору або сумніву в ній.

2. *Правило тягаря доведення.* Сторона, яка висуває точку зору, зобов'язана захищати її, якщо цього вимагає інша сторона.

3. *Правило вихідного пункту.* Атаки якоїсь сторони на іншу позицію повинні бути пов'язані з точки зору, що дійсно була висунута іншою стороною.

4. *Правило релевантності.* Сторона може відстоювати точку зору тільки шляхом просування аргументації, пов'язаної з цією точкою зору.

5. *Правило неявних засновків*. Сторона не може заперечувати передумови, які вона залишила неявними або хибно представляти щось, як передумови, що залишилися невисловленими іншою стороною.

6. *Правило відправного пункту*. Сторона не може хибно презентувати засновки, які прийнято за відправний пункт, щоб спростувати цей відправний пункт.

7. *Правило аргументної схеми*. Сторона не може вважати точку зору як остаточно захищену, якщо захист не відбувається за допомогою відповідної схеми аргументації та її правильного застосування.

8. *Правило валідності*. Сторона може використовувати тільки такі аргументи, які логічно валідні або можуть бути зроблені логічно валідними, роблячи явним один або декілька невисловлених засновків.

9. *Правило завершення*. Невдалий захист точки зору має приводити до визнання стороною, що її висунула, цієї невдачі, а вдалий захист — до відмови іншої сторони від сумнівів у відстоюваній точці зору.

10. *Правило застосування*. Сторони не повинні використовувати формулювання, які недостатньо ясні чи неоднозначні; сторона повинна інтерпретувати формулювання іншої сторони настільки ретельно і точно, наскільки це можливо.

Прагма-діалектичний підхід використовують для аналізу та оцінки правової аргументації, посередництва, ведення переговорів, парламентських дебатів, наукової, політичної аргументації тощо.

Концепція Д. Волтона [21] містить перегляд традиційних уявлень про аргументи *ad hominem* або як про завжди помилкові прийоми переконання, або як софістичні виверти (диверсії), що свідомо ведуть дискусію у хибне русло. У такому розумінні аргументи *ad hominem*, «пов'язані з негативною оцінкою особистості, часто є безпосередньою захисною реакцією на будь-який новий і сильний аргумент у суперечці, особливо якщо порушені особисті інтереси, і емоції перепліскують через край» [21, с. 5]. Подібно до Х. Перельмана та С. Тулміна, Д. Волтон доповнює традиційну схему аргументації суб'єктивним компонентом, визнаючи слушність аргументів *ad hominem*, звернених до етосу (характеру або особистості). Він вважає, що ці аргументи не тільки можуть бути використані для юридичної аргументації, а й є її важливою складовою. «При такому трактуванні *ad hominem* необов'язково є помилковим, у більшості випадків це цілком розумний спосіб аргументації» [21, с. 38]. Щоб розрізнити позитивний і негативний аспекти аргументів *ad hominem*, Д. Волтон пропонує розрізнити два їх види — *аргументи від причетності, або від позиції (arguments from commitment, ex concessio)*, і *аргументи особистісної атаки (personal attack type)* [21, с. 38].

Нарешті, ще одна впливова теорія аргументації запропонована Р. Алексі. Вітчизняний читач має можливість ознайомитися з нею за російським перекладом стислою нарисом [22], в якому викладені основні результати багаторічних досліджень юридичної аргументації цим автором.

Найбільш глибоко розроблена теорія представлена Р. Алексі, згідно з яким юридичну аргументацію слід розуміти як *раціональний дискурс*. Ця теорія виникла як реакція на слабкості й прогалини альтернативних концепцій: дедуктивної моделі, моделі прийняття рішень, герменевтичні й когерентної моделей.

1. *Дедуктивна модель* означає, що *рішення кожного правового казусу треба виводити з діючих норм*. Із цих норм також впливають дефініції правових понять та емпіричні пропозиції. Р. Алексі вважає, що цю модель легко спросту-

вати — досить указати на розпливчастість мови права, на можливості конфліктів і колізій між нормами, на те, що ніяка норма сама по собі недостатня для рішення казусу, а також на те, що в більшості систем права не виключається можливість формування права всупереч дослівному тексту норм. «Тому дедуктивна модель уже давно ніким не розглядається як вичерпна модель правозастосування» [22, с. 447].

2. *Модель прийняття рішень*, що виникла як реакція на провал дедуктивної моделі, виходить із тези, відповідно до якої в *тих випадках, коли основні критерії (такі, як закони й преюдиція) надають достатню свободу дій, суддя може приймати рішення на підставі позаправових критеріїв*.

3. У центрі *герменевтичної моделі* (філософи Гадамер і Бетті, юристи Ларенц, Кауфман та Есер) перебуває структура *інтерпретації й розуміння*. Ключовим є поняття *герменевтичного кола*. Для юриспруденції значення мають три види герменевтичних кіл.

Перший вид стосується відносин між *передрозумінням і текстом*. «Передрозуміння» — це гіпотеза, що виражає припущення або очікування тлумача щодо дозволу відповідної правової проблеми. «Зміст цієї гіпотези визначається уявленнями тлумача про світ і життя, його професійним досвідом» [22, с. 449]. Але, вказує Р. Алексі, «теорія герменевтичного кола як така нічого не говорить про критерії підтвердження інтерпретаційної гіпотези або відмови від неї. Отже ...теорія герменевтичного кола не може замінити теорію юридичної аргументації» [22, с. 449].

Другий вид герменевтичного кола стосується відносин між частиною й цілим. З одного боку, розуміння тієї чи іншої норми обумовлене розумінням системи норм, до якої вона належить, а з другого — розуміння системи норм неможливе без розуміння окремих норм, що до неї належать. І знову тут лише постулюється проблема, без вказівки критеріїв для її вирішення. Проблема полягає у створенні *єдності або когерентності*, і це є завданням *систематичної аргументації*.

Третій вид герменевтичного кола стосується відносин між нормою й фактичним станом речей. Норми є *абстрактно-універсальними*, а фактичний стан речей, що вимагає застосування цих норм, є конкретно-індивідуальним. Норми мають невелику кількість ознак, а фактичні обставини справи — *потенційно нескінченні*. На думку Р. Алексі, і цей вид кола лише ілюструє проблему, не пропонуючи критеріїв для її вирішення. Проблему можна вирішити лише в тому випадку, якщо беруться до уваги *всі ознаки обставин справи і всі ознаки, включені в усі застосовні норми, тобто приймається «постулат повноти» як фундаментальний критерій раціональності* [22, с. 450]. Тому, хоча герменевтична модель важлива для розуміння структури юридичної інтерпретації, але для вирішення проблеми правильної інтерпретації її недостатньо [22, с. 451].

4. *Модель когерентності* заснована на *ідеї системної єдності*. В історії юриспруденції її найбільш значущим прикладом є розроблена Ф. К. фон Савіні теорія «органічного цілого». В основі цієї моделі лежить постулат *юридичного холізму, відповідно до якого всі передумови вже імпліцитно приховані в правовій системі, і їх потрібно тільки виявити*. Р. Алексі вказує, що проти цієї ідеї говорять факти: «те, що було інституціоналізовано як система права, неминуче залишається *недосконалим і незавершеним*. Так само, як правила не можуть застосовуватися самі собою, так і система не може сама додати собі закінченості і

когерентності. Для цього необхідні люди і певні процедури. І *необхідною процедурою в цьому випадку є юридична аргументація*» [22, с. 451].

Як альтернативу зазначеним вище моделям Р. Алексі пропонує дискурсивну модель юридичної аргументації.

Насамперед він пропонує розрізняти *два типи теорії юридичної аргументації: емпіричний та аналітичний*. Емпіричні теорії описують юридичні аргументації, що дійсно мають місце. Аналітичні теорії надають класифікацію аргументів, що зустрічаються в юридичній аргументації, і містять аналіз їх структури.

Крім цього, *необхідна нормативна теорія*, що дозволить визначити *силу* або *вагомість* різних аргументів і раціональність юридичного обґрунтування. Згідно з Р. Алексі, це є *теорія раціонального юридичного дискурсу*.

Її вихідним пунктом є визнання практичних дискурсів — *неінституціоналізованих способів аргументації згідно з тим, що необхідно, що заборонено, що дозволено, а також із тим, що є добром і злом*.

Умови раціональності дискурсу можна звести в систему правил. Ці правила Р. Алексі розподіляє на дві групи: ті, що стосуються структури аргументів, і ті, що *стосуються процедури дискурсу*.

Правилами першої групи є *вимога відсутності суперечностей, універсалізації з погляду погодженого використання застосовуваних способів оцінки, вимога термінологічно-мовної ясності, істинності застосовуваних емпіричних передумов, дедуктивної повноти аргументів, врахування наслідків, виваженості рішень, прийняття рольового обміну й аналізу виникнення моральних переконань* тощо [22, с. 452].

Друга група правил основним завданням має *забезпечення неупередженості практичної аргументації*. Ці правила можна назвати *«специфічними правилами дискурсу»*, а саме:

1. Кожний, хто може говорити, може брати участь у дискурсі.
2. (а) Кожний може піддати сумніву будь-яке твердження.
(б) Кожний може ввести будь-яке твердження в дискурс.
(с) Кожний може виражати свої погляди, бажання й потреби.
3. Жодному з ораторів, у рамках або за межами дискурсу, не можна ніяким тиском перешкоджати реалізовувати його права, закріплені в пунктах (1) і (2) [22, с. 452].

Ці правила гарантують права кожного з тих, хто бере участь у дискурсі. Вони є вираженням *універсального характеру теорії дискурсу*, бо відповідають основним принципам демократичної конституційної держави — свободи й рівності.

Огляд сучасних теорій аргументації дозволяє дійти таких висновків.

Бурхливе зростання зацікавленості проблемами ефективної аргументації обумовлене декількома причинами.

По-перше, ХХ ст. пройшло під гаслами демократії і відстоювання прав людини. Неприйнятність і безперспективність силових методів у вирішенні різноманітних соціальних та персональних конфліктів означає необхідність розробки теорій і практичних стандартів юридичної аргументації.

По-друге, вже у другій половині ХХ ст. відбулося усвідомлення обмеженості суто логічних рецептів організації і проведення публічних дебатів як арени для юридичної аргументації. Зокрема, виявилася глибока прірва між основною тенденцією у розвитку сучасної логіки в бік математичної формалізації, і прак-

тичними потребами юристів, які зобов'язані рахуватися з реальними інтересами реальних людей і реальними обставинами захисту цих інтересів.

По-третє, саме тому сучасні теорії аргументації визнають як цілком прийнятні у практиці судочинства численні аргументи *ad hominem*, які у традиційній логіці вважалися (і дуже часто й досі вважаються) неприпустимими.

По-четверте, визнання слушності аргументів *ad hominem* вимагає від теорії аргументації застосування багатофакторного підходу, який передбачає не лише суто логічний та суто юридичний аналіз справ, а й залучення філософських, психологічних, моральних аспектів до конкретних процесів юридичної аргументації.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Алексеев А. П. Аргументация. Познание. Общение / А. П. Алексеев. — М. : Изд-во МГУ, 1991. — 149 с.
2. Герасимова И. А. Теория и практика аргументации / И. А. Герасимова. — М. : Логос, 2007. — 312 с.
3. Ивин А. А. Основы теории аргументации : учебник / А. А. Ивин. — М. : Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 1997. — 352 с.
4. Конверский А. Е. Проблема обоснования в логике и методологии науки / А. Е. Конверский. — Киев : Выща шк., 1985. — 127 с.
5. Курбатов В. И. Социально-политическая аргументация / В. И. Курбатов. — Ростов н/Д : Рост. ун-т, 1991. — 142 с.
6. Лисанюк Е. Н. Правила и ошибки аргументации / Е. Н. Лисанюк // Логика : учебник / под ред. А. И. Мигунова, И. Б. Микиртумова, Б. И. Федорова. — М. : Проспект, 2011. — с. 588–659.
7. Мигунов А. И. Аргумент как речевое действие / А. И. Мигунов // Логика : учебник / под ред. А. И. Мигунова, И. Б. Микиртумова, Б. И. Федорова. — М. : Проспект, 2011. — с. 571–587.
8. Михалкин Н. В. Логика и аргументация в судебной практике : учеб. для вузов / Н. В. Михалкин. — СПб. : Питер, 2004. — 336 с.
9. Доказательство и понимание / отв. ред. М. В. Попович. — Киев : Наук. думка, 1986. — 312 с.
10. Рузавин Г. И. Методологические проблемы аргументации / Г. И. Рузавин. — М. : Ин-т философии РАН, 1997. — 202 с.
11. Тягло А. В. Логика критического мышления (в конспективном изложении) / А. В. Тягло. — Харьков : Харьк. ин-т упр., 1996. — 72 с.
12. Хоменко І. В. Еристика : підручник / І. В. Хоменко. — К. : Центр учб. л-ри, 2008. — 280 с.
13. Щербина О. Ю. Логіка та юридична аргументація / О. Ю. Щербина. — К. : Вид.-полігр. центр «Київ. ун-т», 2013. — 303 с.
14. Титов В. Д. Логическое знание в его социально-исторической детерминации / В. Д. Титов. — Харьков : Регион-информ, 2004. — 240 с.
15. Титов В. Д. Історичний розвиток теорій юридичної аргументації / В. Д. Титов, Д. О. Войтенко // Юридична аргументація: логічні дослідження / за заг. ред. проф. О. М. юркевич. — Х. : Вид. Іванченко І. С., 2012. — С. 14–28.
16. Титов В. Д. Историческое развитие философско-логических концепций языка права / В. Д. Титов, С. Э. Зархина. — 2-е изд., доп. и перераб. — Харьков : ФИНН, 2011. — 560 с.
17. Perelman Ch. Traite de l'argumentation. La nouvelle rhetorique / Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca. — 2 ed. — Bruxelles : Ed. de l'Universite de Bruxelles, 1970. — 734 p. (перше вид. — Paris : Presses Universitaires de France, 1958).

18. *Шапіро О. О.* Логічний аналіз конфлікту : дис. ... канд. філос. наук : 09.00.06 — логіка / О. О. Шапіро ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2010. — 175 с. — С. 55.
19. *Toulmin S. E.* The Uses of Argument / S. E. Toulmin. — Cambridge : Cambridge University Press, 1959. — viii + 264 p.
20. *Eemeren F. H. van & Grootendorst R.* A Systematic Theory of Argumentation: The Pragma-Dialectical Approach / F. H. Eemeren van & R. Grootendorst. — Cambridge, UK — New York, NY : Cambridge University Press, 2004. — 210 p.
21. *Уолтон Д.* Аргументы ad hominem / Д. Уолтон. — М. : Ин-т «Обществ. мнение», 2002. — 351 с.
22. *Алекси Р.* Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Р. Алекси // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 447–456.

Титов В. Д. Основні західні теорії юридичної аргументації

Анотація. У статті розглядаються найбільш впливові західні теорії юридичної аргументації, розроблені Х. Перельманом, С. Тулміном, Р. Алексі, Д. Волтоном, Ф. ван Еемереном, Р. Гроотендорстом та їх учнями. Сучасні теорії аргументації визнають як цілком прийнятні аргументи *ad hominem*, які у традиційній логіці вважались неприпустимими. Визнання слушності аргументів *ad hominem* вимагає від теорії аргументації багатофакторного підходу, який крім суто логічного та суто юридичного аналізу враховує філософські, психологічні, моральні виміри аргументації.

Ключові слова: юридична аргументація, неориторика, прагматодіалектика, аргументи *ad hominem*, аргументативне поле, правила раціонального дискурсу.

Титов В. Д. Основные западные теории юридической аргументации

Аннотация. В статье рассматриваются наиболее влиятельные западные теории юридической аргументации, разработанные Х. Перельманом, С. Тулмином, Р. Алексі, Д. Уолтоном, Ф. ван Эемереном, Р. Гроотендорстом и их учениками. Современные теории аргументации признают как вполне приемлемые аргументы *ad hominem*, которые в традиционной логике считались недопустимыми. Признание правильности аргументов *ad hominem* требует от теории аргументации многофакторного подхода, который помимо чисто логического и чисто юридического анализа учитывает философские, психологические, моральные измерения аргументации.

Ключевые слова: юридическая аргументация, неориторика, прагматодіалектика, аргументы *ad hominem*, аргументативное поле, правила рационального дискурса.

Titov V. Basic Western Theories of Legal Argumentation

Summary. This article concerns the most influential Western theories of legal argumentation developed by Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Robert Alexy, Douglas Walton, Frans van Eemeren, Rob Grootendorst and their students. These modern theories of argumentation recognize as quite acceptable arguments *ad hominem*, which in traditional logic are considered as non-admissible. Recognition of correctness of arguments *ad hominem* requires multifactorial approach in argumentation theory, which in addition to purely logical and purely legal analysis includes philosophical, psychological, moral dimensions of argumentation.

Key words: legal argument, neorhetoric, pragmatodialectic, arguments *ad hominem*, argumentative field, rules of rational discourse.

ТРАДИЦІЇ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ БРЮССЕЛЬСЬКОЇ ШКОЛИ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА¹

К. САМОХІНА
*кандидат юридичних наук,
адвокат, стажист
(Інститут держави і права РАН,
Москва, Росія)*



Звернення до риторики як способу мислення щодо права в 50-х рр. ХХ ст. прийнято пов'язувати з ім'ям відомого бельгійського вченого Хаїма Перельмана (1912–1984). Проте в академічному середовищі Вільного університету Брюсселя таке твердження було б сприйняте як обивательське і навіть певною мірою як образливе, оскільки небагатьом відомо, що творчість Х. Перельмана була частиною широкомасштабної науково-практичної діяльності колективу вчених Брюссельської школи філософії права. Ця школа ставила вельми незвичайні для вчених цілі — не лише формулювання основних положень наукового підходу до права, а й створення на його основі стійкої правової практики.

Що ж стало початком цього «риторичного повороту» в правових дослідженнях Вільного університету Брюсселя? Незважаючи на численні думки щодо складу Брюссельської школи, періодів її розвитку та досягнень², згода щодо того, чиї ідеї стали основою аргументаційного підходу школи, є одностайною. Саме професор Х. Перельман — автор «Нової риторики», лідер школи — став ідейним натхненником нового етапу розвитку філософії права в Університеті Брюсселя. Після виходу «Нової риторики», яка мала велику популярність у західному науковому співтоваристві, Х. Перельман зайнявся подальшим розвитком її положень стосовно сфери права. Того часу в теоретико-правовому середовищі Університету Брюсселя найбільшого визнання набули дві теорії: нормативізм Г. Кельзена й аналітична теорія Г. Л. А. Харта. Тому спочатку ідеї Х. Перельмана про створення системи юридичної логіки, ролі ціннісних

¹ Переклад з російської С. Прийми.

² Прикро, що в європейському науковому співтоваристві Брюссельська школа філософії права не отримала широкої популярності та всі досягнення з її теоретичних напрацювань головним чином приписуються Х. Перельману. Утім сучасні представники школи, які сконцентровані в межах Центру філософії права Х. Перельмана у Вільному університеті Брюсселя, у наш час здійснюють активну діяльність із перевидання спадщини класиків школи та впровадження їх ідей у сучасну правову науку. Проте багато з праць представників цієї школи ХХ ст. буди забуті, що значно ускладнює визначення її «кордонів».

© К. Самохіна, 2014

суджень у правовому дискурсі тощо не були зустрінуті із захватом [4, с. 64]. Разом із цим незабаром у філософа з'явилось багато учнів і послідовників, які, за свідченням професора Вільного університету Брюсселя, директора Центру філософії права Х. Перельмана Бенуа Фридмана, сформували в 1976 р. Брюссельську школу філософії права, очолювану самим Х. Перельманом.

У наш час ця школа продовжує існувати й активно розвиватися. Окрім її теоретичних досягнень, про які йтиметься нижче, слід відзначити її важливе практичне досягнення – створення Центру філософії права Х. Перельмана при Вільному університеті Брюсселя [13, с. 2]. Найбільш визначними представниками школи є Франсуа Ост [21–24], Поль Фор'єр [4], Гі Хааршер [14–19], Марк ван Хук [1] і Бенуа Фридман [5–9].

За словами Б. Фридмана, якщо позитивістська доктрина зосереджується на специфіці правових норм, системі їх артикуляції та динаміці створення, то, рухаючись за Х. Перельманом, Брюссельська школа філософії права приділяє увагу дослідженню ціннісної складової права, конкретних моментів його життя, питань правозастосування й творчого елемента правової системи. Зосереджуючись на тому, як суддя вирішує питання права, що виникають у зв'язку з конкретними випадками, й особливо на тому, як він мотивує своє рішення, школа переводить фокус сучасної філософії права із законодавця на суддю. Такий плин міркувань дозволяє надати судді місце координатора правової аргументації.

Брюссельська школа філософії права відмовляється від принципу наукової об'єктивності при описанні соціальних явищ і демонструє, як у сучасному світі із властивим йому політичним та ідеологічним плюралізмом, де не існує універсальної згоди щодо ієрархії цінностей або навіть критеріїв справедливості, суддя має обґрунтовувати та застосовувати конкретні правові аргументи для розумного вирішення різноманітних справ і визначати цінності, що необхідно брати до уваги в конкретній ситуації. Суддя зобов'язаний ухвалити й мотивувати рішення в кожному конкретному випадку, адже ця сфера належить до його особливої компетенції, до особливої сфери юридичної логіки¹.

На думку представників школи, найважливішим фактором у посиленні позиції суду та розвитку судової аргументації є інтеграція до правової системи загальних принципів права, оскільки власне загальні принципи права безпосередньо виражають цінності. Так, М. ван Хук визначає правовий принцип як «норму, що виражається в загальних термінах, має широку сферу застосування та включає в себе цінність, котра є більш або менш основною для правової системи або її частин» [1, с. 216]. Повернення до загальних принципів права в судо-

¹ Розвиток теоретичних ідей Брюссельської школи філософії права був пов'язаний із постійним їх застосуванням задля удосконалення правової практики, тому самі представники цієї школи вважають, що їх науково-практична діяльність є незвичайним переворотом, що зробив внесок не лише у правову дисципліну, а й у владні відносини в державі. Тому представники Брюссельської школи філософії права вважають свою діяльність не лише науковою, а й політичною, оскільки їх ідеї одразу ж впроваджуються у правову практику прихильниками школи та мають наслідком важливі політичні реформи, спрямовані на підсилення ролі судової влади в державі. Завдяки науково-практичним досягненням школи в суспільній свідомості почав формуватися новий образ судді як арбітра, який вирішує питання про співвіднесення цінностей при розгляді кожної конкретної справи, виходячи з принципів розумності й обґрунтованості [13, с. 9].

вій практиці¹ дозволило представникам школи сформулювати доктрину «природного позитивного права», що була спрямована на обґрунтування необхідності будівництва системи позитивного права на основі вимог розумності й обґрунтованості, які виражаються в загальних принципах права.

З цієї точки зору представники Брюссельської школи філософії права відштовхуються від ідеї Х. Перельмана про те, що поряд із конституційними принципами, які варіюють від однієї системи права до іншої, поряд із законами, які виникають на основі тимчасових обставин або пояснюються міркуваннями чистої випадковості, системи права містять загальні для кожної з них правила, які були обов'язковими протягом дуже тривалих періодів. Звернення до цих принципів фактично означає повернення цінностей у судову практику. М. ван Хук виокремлює два види правових принципів — структурні (що походять із писаного права та імпліцитно існують у правовій системі) й ідеологічні (які не походять із цієї правової системи та відсилають до сучасних домінуючих соціальних переконань) [1, с. 222]. Якщо структурні принципи походять із самої правової системи та мають вельми міцну інституційну підтримку, то ідеологічні принципи, не будучи власне правовими, трансформуються в них судом за умов наявності безумовної суспільної згоди щодо цінностей, котрі вони виражають [1, с. 231].

Затвердження ролі загальних принципів права, конституційних принципів, міжнародних стандартів і наднаціональних прав людини в сучасній правовій практиці, на погляд ідеологів Брюссельської школи філософії права, свідчить про розширення функцій судді та їх превалювання над ідеєю верховенства закону. Суддя стає не слухняним слугою писаних норм, а суддею відповідності законів цінностям і принципам та арбітром у спорі між цими принципами у зв'язку з конкретною проблемою. Для цього судді все частіше відмовляються від дедуктивної моделі міркувань, заснованих на балансі основних прав і принципів, цінностей².

У цих роздумах Брюссельська школа філософії права близька до ідей Р. Дворкіна, який наголошував на пріоритеті використання у правозастосуванні правових принципів, а не правил. Правила завжди застосовуються щодо конкретної сфери та ситуації; принципи ж мають значно ширші потенційні можливості завдяки властивому їм більш гнучкому характеру та більш широкій сфері регулювання [2, с. 22–27].

Наразі увага представників Брюссельської школи філософії права сфокусована на дослідженнях справедливості [10–12], свободи [16–17], прав людини

¹ Що відбулося завдяки участі представників Брюссельської школи в судових процесах, у результаті яких було сформовано відповідне прецедентне правило [13, с. 4].

² Наступне досягнення було пов'язане з рішенням Касаційного суду Бельгії (що з'явилося також у результаті використання моделі аргументації Х. Перельмана представниками Брюссельської школи), в якому суд підтвердив перевагу норм міжнародного права та права Європейського Співтовариства над усіма законами. Відповідно до правила, сформульованого в цьому рішенні, суддя уповноважений відмовитися від застосування норм будь-якого закону, якщо це не суперечить законодавству Європейського Співтовариства чи нормам міжнародного права. Це істотне відхилення від сталої правової практики не спиралося на жодне позитивне джерело, воно було виведене з природи міжнародного та європейського права. Адже норми міжнародного та європейського права охоплюють норми про захист прав людини, вирішення питання про який належить до сфери прямої дії судді. Права людини мають більшу силу та глибину, ніж закон. Сфера застосування основних прав величезна, а їх формулювання є дуже загальними та неточними, й вони мають надзаконне та надконституційне значення.

[11–12; 16–17] та демократії [19], оскільки все зазначене вище належить до фундаментальних цінностей політичної сфери життя суспільства [18, с. 5]. Услід за Х. Перельманом сучасні представники Брюссельської школи філософії права вважають за можливе дослідження цінностей тільки на основі риторичного методу. Одним із пріоритетних напрямів досліджень Брюссельської школи філософії права є «глобальне, або всесвітнє, право». Незважаючи на те, що Брюссельська школа філософії права не відмовляється від ідеї ціннісної основи права та його соціокультурної обумовленості, адепти цього напрямку вважають, що процеси соціальної, культурної та юридичної глобалізації, котрі сягають корінням XVI ст., а досягають апогею в XIX ст., дозволяють говорити про можливість ефективного функціонування «всесвітнього права». Про поступове формування «всесвітнього права», на думку Г. Левковича, свідчать процеси стандартизації, що активно розвиваються, запровадження в низці регіонів єдиної валюти, єдиних мір і ваги, правил пошти і телеграфу, торгівлі та мореплавства. Крім того, прагнення єдиного права демонструють не лише наведені явища «технічного» характеру, а й деякі тенденції в епістемології правової науки. До останніх слід віднести тенденцію до використання різноманітних теорій права, об'єднання різних його перспектив, інтегральну юриспруденцію. Погоджуючись із тією думкою, що в наш час міжнародне право зазнає кризи, пов'язаної з труднощами визначення нормативних очікувань суб'єктів, необхідних для функціонування глобальної правової системи, Брюссельська школа філософії права пропонує «прагматичний» підхід до глобального права. Основними характеристиками цього підходу є: ідея контекстуальності правового регулювання, визнання пріоритету ефективності дії правової норми над формальною правильністю, живого права над книжковим, визнання правового плюралізму, широкого погляду на джерела права й уявлення права «точкою конфлікту, в якій немає місця заспокоїливому теоретизуванню про правову систему» [20, с. 13–14]. Проголошення цих ідей Брюссельської школи філософії права приводить до формулювання деяких важливих методологічних принципів правової науки, серед яких слід відзначити, *по-перше*, відмову від суворого міждисциплінарного розмежування (проведення кордону між соціологією права, філософією права, теорією права тощо приводить до безсилля цих дисциплін) [4, с. 66], а *по-друге*, відмову від догматизму в праві, який примушує забути про існування живого права (так, позитивізм і аналітична юриспруденція викривляють цілі юридичної науки, говорячи про вивчення права на науковій основі) [25, с. 490].

У цій оглядовій статті не уявляється можливим описати правові концепції всіх або хоча б найбільш відомих представників означеного напрямку, адже їх ідеї відрізняються помітною різноманітністю. Проте, даючи характеристику Брюссельській школі філософії права, можна відзначити загальні риси, властиві поглядам усіх її представників.

По-перше, загальною особливістю правових поглядів усіх представників Брюссельської школи філософії права слід назвати визнання риторичної природи права, в основі якого знаходиться цінність.

По-друге, для Брюссельської школи філософії права характерною є відмова від абсолютизації правових цінностей і визнання ціннісного плюралізму. Услід за Х. Перельманом вчені Брюссельської школи філософії права визнають можливість будівництва правової системи на основі будь-якої цінності, щодо якої досягнуто суспільної згоди. Ця цінність, не будучи довільною, має бути обґрун-

тована з позиції відповідності уявленням про загальну людську розумність. Правові норми не мають незмінного змісту, закладеного законодавцем, а отримують його у процесі застосування, коли інтерпретуються та зіставляються з основоположними цінностями того чи іншого суспільства. Правова норма не може бути від початку оцінена як розумна чи нерозумна, такої якості вона набуває у процесі застосування до конкретної ситуації.

По-третє, Брюссельська школа філософії права визнає найважливішу роль міжнародних правових стандартів і загальноправових принципів у національних правових системах. При цьому як сам Х. Перельман, так і його послідовники не наділяють ці стандарти та принципи об'єктивним змістом. Указані правові принципи і стандарти виражають цінності, є загальними місцями аргументації, що отримують конкретний зміст у кожному окремому випадку. Це положення дозволяє не лише уникнути уявлень про єдине для всіх людей універсальне право, а й запобігає зведенню права до свавілля.

По-четверте, ідеї представників Брюссельської школи філософії права, як і ідеї Х. Перельмана, далекі від правового й етичного релятивізму. Не визнаючи існування абсолютних цінностей, що мають однакове значення для всіх без винятку людей, представники цього напрямку погоджуються з тим, що будь-яка цінність має бути обґрунтованою з точки зору людської розумності. Лише в цьому разі побудована на цій цінності нормативна система отримує суспільну легітимацію.

По-п'яте, всі представники Брюссельської школи філософії права сприйняли ідею Х. Перельмана про роль судового розсуду в застосуванні права. За словами Х. Перельмана, навіть роль судді, який «задовольняється прокладеними стежинами судової практики та не має ніякого бажання впроваджувати до неї новели», не буде повністю пасивною. Оскільки, на думку Х. Перельмана, «будь-яке бачення реальності певною мірою є суб'єктивним — це тим більш правильно, чим більше воно є предметом реконструкції, а не прямого бачення — чесний суддя при оцінці фактів навіть невимушено зробить так, щоб право та його внутрішнє почуття справедливості збігалися. Засновуючи свою позицію на відповідних доказах чи заперечуючи їх значення, беручи до уваги певні факти чи інтерпретуючи їх таким чином, щоб позбавити їх будь-якого значення, суддя має можливість створити іншу картину реальності й вивести з неї інше застосування правил справедливості» [3, с. 626].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Ван Хук М.* Право как коммуникация / М. ван Хук ; пер. с англ. М. В. Антонова, А. В. Полякова. — СПб : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, ООО «Унив. издат. консорциум», 2012. — 288 с.
2. *Дворкин Р.* О правах всерьез / Р. Дворкин ; пер. с англ. Л. Б. Макеева. — М. : Рос. полит. энцикл. (РОССПЭН), 2004. — 392 с.
3. *Перельман Х.* Справедливость / Х. Перельман ; пер. с англ. Е. Г. Самохиной // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 607–656.
4. *Foriers P.* Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique / P. Foriers // La pensée juridique. — Bruxelles : Bruylant, 1952. — Vol. 1. — P. 55–66.
5. *Frydman B.* La plaidoirie / B. Frydman. — Bruxelles, 1998.
6. *Frydman B.* Les transformations du droit modern. Introduction aux grands courants de la pensee juridique / B. Frydman. — Bruxelles, Story-Scientia, 1999.

7. *Frydman B.* Leo Strauss: philosophie, art d'écrire, politique avec Emmanuel Cattin, Laurent Jaffro et Alain Petit (dir.) / B. Frydman. — Vrin, 2000.
8. *Frydman B.* Philosophie du droit / B. Frydman. — Paris, 2002.
9. *Frydman B.* Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique / B. Frydman. — Bruxelles, 2005.
10. *Frydman B.* Conclusion: Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle / B. Frydman // Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 30 mars 2007.
11. *Frydman B.* La transparence, un concept opaque? / B. Frydman // Journal des tribunaux. — 2007. — № 6265. — P. 300–301.
12. *Frydman B.* L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice / B. Frydman // Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit. — 2007. — № 4.
13. *Frydman B.* Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles / B. Frydman // Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit. — 2011. — № 7. — P. 4.
14. *Haarscher G.* La raison du plus fort: philosophie du politique / G. Haarscher. — Bruxelles, 1988.
15. *Haarscher G.* Chaim Perelman et la pensée contemporaine / G. Haarscher. — Bruxelles, 1993.
16. *Haarscher G.* Le fantôme de la liberté / G. Haarscher. — Loverval : Éditions Labor, 1997.
17. *Haarscher G.* Liberté d'expression, blasphème, racisme: essai d'analyse philosophie et compare / G. Haarscher // Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2004.
18. *Haarscher G.* Rhetoric and its abuses / G. Haarscher // Série des Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit. — 2008. — № 1.
19. *Haarscher G.* Les démocraties survivront-elles au terrorisme? / G. Haarscher. — Loverval : Éditions Labor, 2002.
20. *Lewkowicz G.* Van Waeyenberge A. Repenser le droit à l'échelle du monde: les propositions de l'Ecole de Bruxelles / G. Lewkowicz // Série des Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit. — 2012. — № 1.
21. *Ost F.* Kerchove van de M. Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit / F. Ost. — Bruylant, 1989.
22. *Ost F.* Entre droit et non-droit, l'intérêt / F. Ost. — Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé; tome II de Droit et intérêt, sous la direction de Ph. Gerard, F. Ost et M. van de Kerchove. — Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
23. *Ost F.* Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique / F. Ost. — Paris, Odile Jacob, 2004.
24. *Ost F.* Shakespeare. La Comédie de la Loi / F. Ost. — Paris, Michalon, Coll, «Le bien commun», 2012.
25. *Perelman Ch.* Droit et éthique / Ch. Perelman. Bruxelles : éd. de l'Université de Bruxelles, 1990.

Самохіна К. Г. Традиції юридичної аргументації Брюссельської школи філософії права

Анотація. Метою автора статті є дослідження впливу творчості Х. Перельмана на ідеї сучасної Брюссельської школи філософії права. Автор вказує на невиврадану не увагу західного наукового співтовариства до ідей школи, представники якої опікуються адаптацією теоретичних розробок Х. Перельмана до потреб юридичної практики. Важливими досягненнями школи є розробка концепцій судового розсу-

ду, загальних принципів права та глобального права. Автор відзначає різноманіття правових концепцій представників Брюссельської школи, проте виокремлює такі її загальні риси, як визнання риторичної природи права, правового плюралізму та відмова від абсолютизації цінностей при одночасному запереченні ціннісного релятивізму, проголошення центральної ролі судді у правозастосуванні.

Ключові слова: Х. Перельман, Брюссельська школа філософії права, нова риторика, аргументація.

Самохіна Е. Г. Традиции юридической аргументации Брюссельской школы философии права

Аннотация. Целью автора статьи является исследование влияния творчества Х. Перельмана на идеи современной Брюссельской школы философии права. Автор указывает на неоправданное невнимание западного научного сообщества к идеям школы, представители которой занимаются адаптацией теоретических разработок Х. Перельмана к потребностям юридической практики. Важными достижениями школы являются разработка концепций судебного усмотрения, общих принципов права и глобального права. Автор отмечает разнообразие правовых концепций представителей Брюссельской школы, однако выделяет такие их общие черты, как признание риторической природы права, правового плюрализма и отказ от абсолютизации ценностей при одновременном отрицании ценностного релятивизма, провозглашение центральной роли судьи в применении права.

Ключевые слова: Х. Перельман, Брюссельская школа философии права, новая риторика, аргументація.

Samokhina K. Traditions of Legal Argumentation of the Brussels School of Legal Philosophy

Summary. The aim of the author is to investigate the influence of Ch. Perelman's oeuvre on modern ideas of the Brussels school of legal philosophy. The author points to the unjustified neglect of the Western scientific community to the ideas of the school, whose members are engaged in the adaptation of theoretical developments of Ch. Perelman to the needs of legal practice. The elaboration of the concepts of judicial discretion, the general principles of law and global law are the important achievement of the school. The author notes a variety of legal conceptions of the representatives of the Brussels school, but highlights their common features such as the recognition of the rhetorical nature of law and the recognition of the legal pluralism and the rejection of absolute values, simultaneously denying value relativism, the proclamation of the central role of the judge in the process of legal enforcement.

Key words: Ch. Perelman, the Brussels school of legal philosophy, new rhetoric, argumentation.

ПРАВО, РОЗУМ ТА ЕМОЦІЇ¹

М. СЕЛЛЕРЗ
регент-професор
Університетської системи штату Меріленд,
директор Центру міжнародного
та порівняльного права
(Університет Балтимора, США)



Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), що відбудеться у 2015 р. у Вашингтоні, буде присвячений темі «Право, розум та емоції», і мій сьогоднішній виступ покликаний надихнути вас на участь у вашингтонському Всесвітньому конгресі, спровокувавши деякі думки з приводу цих трьох феноменів та деяких пов'язаних із ними понять. Я стверджуватиму, що право отримує легітимність та дієвість тоді, коли воно поєднує розум та емоції, що розум та людські почуття є провідними цінностями будь-якої справедливої правової системи, що всі правові системи претендують на те, щоб бути справедливими, і що всі правові системи та всі правознавці користуються цими інтуїціями, знаємо ми про це чи ні. Ідея полягає перш за все в тому, що всі ці визначення: «право», «розум», «емоції», «справедливість», «дієвість» і «верховенство права» — потребують уточнення для того, щоб краще зрозуміти, як вони співвідносяться між собою, і визначити коло питань для майбутнього обговорення. Я, зокрема, говоритиму про те, як ці слова застосовувались і як мають застосовуватися для кращого розуміння та можливого удосконалення права і суспільства.

1. Попередні зауваження

Слова, як справедливо зазначив Хитун-Бовтун [1, с. 364], можуть мати будь-яке значення, яке ми для них оберемо, але ми повинні обирати добре; і зазвичай основою для такого вибору є корисність — корисність і звичай, оскільки обговорення приречене на провал, якщо воно відходить занадто далеко від ґрунтованих в етимології та традиції інтуїцій. Найвідоміше та найстаріше

¹ Sellers Mortimer N. S. Law, Reason, and Emotion. Пленарна доповідь на XXVI Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR) «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах» (21–26 липня 2013 р., м. Белу-Орізонті, Бразилія). Переклад з англійської С. Максимовою і Н. Сатохіною.

визначення права у найрозвиненішій правовій традиції світу, тобто традиції цивільного права¹, було сформульоване Цицероном: «Право — це закладений у природі найвищий розум, який велить нам чинити те, що слід чинити, і забороняє протилежне»². Слід зауважити на сутнісній відмінності між правом і мораллю: право — це те, що *повинно* бути зроблено, мораль — це те, що *належить* робити. Важливішою в контексті наших цілей є претензія права на те, щоб бути вираженням розуму, яке можна застосувати до людського суспільства [2, I.V.16]. Ця концепція права є також основою традиції загального права, де Едвард Кок схожим чином визначив право як «*summa ratio*», «штучне вдосконалення розуму через тривале вивчення, спостереження і досвід» [4, с. 97b]. Тут існує певна відмінність між процедурою, за якою ми відкриваємо, чого розум і право вимагають від нас, і метою. Сутність права у цих та в усіх інших правових традиціях полягає у його претензії на визначення та втілення вимог розуму задля блага суспільства в цілому³.

У цьому контексті «розум» та «емоції» вважаються відмінними, оскільки розум починається з аксіом, що проголошуються істинними, в той час як емоції починаються з почуттів, що приймаються як реальні⁴. «Емоціями» є ті почуття і потреби, які спонукають нас діяти задля їх задоволення (*ex + movere*), у той час як «розум» передбачає правильну оцінку природи речей (*reor, veri, ratus*). Обидва мотивують дію і часто стосуються однакових питань, однак розум прагне регулювати та спрямовувати емоції⁵, визначаючи, коли вони є корисними або доречними, а коли ні⁶. Це, у свою чергу, передбачає критерій, або мету, у світлі якої оцінюються емоції, і емоційна реакція, можливо, стає більш узгодженою з розумом та реальністю.

Зазвичай критерієм розумності у праві є *справедливість*⁷, а критерієм справедливості — загальний (та індивідуальний) добробут усіх без винятку членів суспільства⁸. Задля спрощення я запозичив ці визначення у Цицерона, не тільки тому, що вони добре відомі, а й тому, що вони корисні. Цицерон визначає основу права і справедливості в умовах універсальної спільноти всього людства⁹ та

¹ У сучасній західній науковій літературі правові традиції, відомі нам як романо-германська та англосаксонська, прийнято позначати, відповідно, як традиція цивільного права (*the civil law tradition*) і традиція загального права (*common law tradition*). — Прим. перекладача.

² «*Lex est ratio summa insita in natura quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria*» [2, I. vi. 18]. Пор.: [3, III. 22].

³ «*Lex... est recta ratio in iubendo et vetando*» («Закон — це здоровий глузд як у веліннях, так і у заборонах») [2, I.XII.33].

⁴ Див., наприклад: [5, I.IV.11].

⁵ Пор.: Цицерон «Про обов'язки»: «*duplex est enim vis animorum atque natura; una pars in appetitu posita est, quae est Ὁρμή Graece, quae nomen huc et illuc rapit; altera in ratione, quae docet et explanat, quod faciendum, quid fugiendum sit. Ita fit, ut ratio praesit, appetitus obtemperet*» («Адже подвійна сила наших душ і природи: одна частина її заснована на прагненні (грецькою *ὁρμή*), яке тягне людину то в один, то в інший бік; інша заснована на розумі, який вчить та пояснює, що потрібно робити і чого слід уникати. Завдяки цьому розум головує, а прагнення підкорюється йому») [5, I.XXVIII.101].

⁶ Див., напр.: [6].

⁷ Див., напр.: Цицерон «Про закони» [2, I.VI.19].

⁸ Див., напр.: Платон «Держава» [7, I.XV.342 E]; Платон «Закони» [8, IV.715 B]; Арістотель «Політика» [9, III.IV.7, XII.II.10]. Див. також: Цицерон «Про обов'язки» [5, I.XXV.85].

⁹ «*fons legum et iuris*» («джерело законів і права») (Цицерон «Про закони» [2, I.V.16]).

природного співчуття людей один одному¹. Це повертає нас до людських емоцій: почуття великодушності («*liberalitas*»), любові («*caritas*») та вірності («*pietas*»), що стимулюють поширене прагнення бути чесним і корисним для інших та підтримують інститути людського суспільства [2, I.XV.43; I.V.16]. Справедливість також може існувати у межах менших груп з обмеженим членством. Такі локальні, або вузькі, спільноти справедливості можуть бути прийнятними для реалізації певних цілей, але я приймаю за аксіому те, що всі люди гідні справедливості і ніхто не повинен зазнавати утисків [10].

Якщо запропоновані норми права відповідають належним чином встановленому для них критерію (справедливості), або запропоновані канони справедливості відповідають критерію, належним чином встановленому для них (загальне благо), то вони є «*легітимними*», що означає узгодженість практики з відповідним правилом. Правові системи претендують на втілення справедливості, або розумне визначення того, що має вимагатись чи заборонятись публічною владою, адже якщо вони дійсно роблять це, фактично вони переслідують власні інтереси, *sub specie aeternitatis* (завжди, незалежно від будь-яких обставин), і таким чином, є легітимними, згідно з відповідним критерієм легітимності. Будь-яка законна влада претендує (імплицитно, а часто й експліцитно) на служіння розумності й справедливості, незалежно від того, чи робить вона це в дійсності (або навіть чи намагається робити), чи ні. Навіть корумпована або зловмисна влада претендує на це, оскільки легітимність, яка визначається переконанням людей у тому, що влада слугує розумності й справедливості, значно підвищує готовність громадян підкорюватись. Ми із більшою імовірністю поважали б та дотримувалися б законів, у легітимності (тобто справедливості) яких були б переконані, тому що справедливість є найвищою правовою цінністю.

Право і правові системи, які вважаються легітимними, зазвичай є також більш дієвими, ніж нелегітимні. «Дієвість» тут означає, що закони змінюють практику та мають реальний ефект (*ex + facere*). Потенційні законодавці хочуть, щоб їх закони були дієвими, і захищають цю дієвість, зокрема, заявляючи про справедливість своїх законів. Закони також будуть дієвішими, якщо вони більш-менш відповідатимуть іншим людським емоціям, які можуть не завжди узгоджуватись зі справедливістю. Так, правові системи можуть бути дієвими не будучи в дійсності справедливими або бути фактично справедливими не будучи цілком дієвими. Однак дієвість як така залишається важливою складовою справедливості. Правові системи мають бути дієвими, щоб бути корисними, а для того, щоб бути ефективними, вони повинні зважати на реальність людських емоцій. Отже, дієвість передбачає увагу не лише до соціальних емоцій, а й емоцій, які безпосередньо не пов'язані із суспільством.

Вивчення права у його найширшому значенні стосується питання про те, що є або не є, повинно або не повинно бути обов'язковим у кожному випадку. У більш вузькому сенсі, у контексті об'єднань людей, завданням права виявляється належний розподіл прав та обов'язків, вигод та обтяжень у суспільстві («справедливість»). *Почуття справедливості* саме по собі є поширеною емо-

¹ «*quia natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum iuris est*» («тому що ми, за природою своєю, схильні любити людей, а це і є основою права») [2, I. XV.43].

цією, реакцією на утиски, корупцію та несправедливість у суспільстві. Справедливість може бути як несвідомим почуттям, зумовленим нашими соціальними вподобаннями, так і обґрунтованим судженням, які при цьому можуть доходити однакових або різних висновків. Існує суттєва різниця між емоційним і раціональним сприйняттям справедливості, і це стосується всіх людських емоцій. Можна водночас відчувати емоцію і розмірковувати щодо наявності раціональної основи для цього відчуття. Це проковує два паралельних питання у дослідженні права та емоцій: 1) Які емоції в дійсності відчувають люди? (Почуття справедливості може не завжди збігатися із самою справедливістю.) 2) Коли і як ці емоції повинні спрямовуватись і формуватись правом? (Виважені емоції відповідають цілям справедливого суспільства.)

Припустимо, що фундаментальна аксіома, на якій базується *раціональна справедливість*, полягає в тому, що кожна людина має цінність, і що всі заслужують на підтримку та сприяння у досягненні гідного та повноцінного життя в суспільстві з іншими людьми. Ця формула (яка також близька до нашого емоційного почуття справедливості) виправдовувала б певні емоції, які в дійсності відчувають одні члени суспільства і які не підтримуються іншими. Такі судження змінювалися б у часі й просторі, у світлі історичних та інших обставин. Що саме вважається «гідним» і «повноцінним» відповідно до цього стандарту, залежало б водночас від низки емоцій, доступних для реальних людей, а також від наявного стану суспільства та обставин, у яких вони виявляють себе. Тим не менш, це дає нам критерій для розмежування справедливих та несправедливих правових систем або суспільств.

Філософи з часів Арістотеля та Цицерона стверджували *верховенство права* («*legum imperium*») як головну гарантію практичної справедливості. «Верховенство права, а не людей» (якщо точніше) вимагає критерію поза людською волею для захисту суб'єктів права і суспільства від свавілля будь-якої іншої особи. Цицеронів критерій розумності проводить традиційне розмежування між «верховенством права», яке враховує цей зовнішній критерій легітимності, і «верховенством людини», яке його не враховує. Це не означає, що право повинно ігнорувати емоції, а радше що право має включати людські емоції та спрямовувати їх на досягнення відповідних цілей, які охоплюють розбудову і утвердження справедливості в суспільстві. Верховенство права, як зазначають Арістотель, Цицерон та засновники сучасного конституціоналізму, передбачає постійне слідування вказівкам розуму та справедливості у правотворчості, інтерпретації та застосуванні права.

Найкраще законодавство, а також найцікавіша й найпереконливіша філософія та інтерпретація права враховуватиме наші природні емоції, оскільки вони стосуються можливості гарного життя і правил справедливого суспільства. Центральними поняттями, які слід розглянути у цьому контексті задля кращого розуміння права та його місця в суспільстві, є ті, які я щойно згадав у передмові до свого виступу: *право, розум, емоція, справедливість, легітимність та дієвість*. Я буду звертатися до цих понять у тому порядку, у якому щойно їх перелічив. Емоції піддаються впливу і повинні заохочуватись або ні залежно від їх цінності та очікуваного ефекту, у світлі розуму і справедливості. Ми не можемо і не повинні заперечувати претензію права на розумність заради блага суспільства, проте емоції залишаються першою і останньою основою справедливості та кінцевим підґрунтям права.

2. Право

Традиційні та поширені асоціації між правом, розумом, справедливістю та емоціями були поставлені під сумнів за чотирма головними напрямками. Прихильники розуму заперечували роль емоцій у праві. Прихильники емоцій брали під сумнів роль розуму у праві. Прихильники сили сумнівались у ролі справедливості у праві. А прихильники влади кидають виклик усім трьом. Я називатиму їх технократичною, романтичною, постмодерністською і тоталітарною помилками у праві, і я розташував їх у порядку збільшення шкоди, якої вони завдають належному розумінню права і суспільства. Так, тоталітарна помилка є найгіршою, оскільки вона є всеохоплюючою, як у сенсі її зазіхань, так і в сенсі її впливу на правовий дискурс.

Locus classicus (класичний приклад) того, що я назвав «тоталітарною» помилкою у праві, знаходимо у працях Томаса Гоббса. Т. Гоббс починає саме з критики традиційного переконання у тому, що легітимне право і правові системи передусім прагнуть відображати розумність у встановленні дозволів та заборон задля блага суспільства в цілому¹. Т. Гоббс стверджує, що «право як таке — це слово того, хто... має владу над іншими» [11, 15.80], і що «понять Правильного і Неправильного, Справедливого і Несправедливого... не існує» там, де немає ніякої «Сили», яка сказала б нам, чим саме вони є [11, 13.63]. «Закон взагалі — це... не Порада, а Наказ; але не Наказ будь-кого будь-кому; а тільки Наказ особи, адресований тому, хто зобов'язаний підкорюватись цій особі» [11, 26.137].

Тоталітарна концепція права Т. Гоббса є помилковою, по-перше, тому що вона не охоплює сучасне використання слова «право», навіть у тоталітарних державах, але також тому, що нове використання цього слова Т. Гоббсом не могло б бути корисним, якщо б воно було прийняте як істинне, навіть для цілей тих, хто прагне встановити тоталітарне правління. Якщо б право і справедливість були, як інколи стверджують філософи, тоталітарного спрямування, просто «бажанням і потребою держави» [11, 46.376], не було б жодного стимулу підкорюватись, крім постійного примусу, який не можна було б витримати. Т. Гоббс є найяскравішим прихильником тоталітаризму, але навіть він звертається врешті-решт до аргументів розуму і загального блага. Для того щоб бути в цілому переконливими, тоталітаристи повинні довести (як робив сам Т. Гоббс), що суспільство *виграє* в цілому, якщо громадяни дозволять своїм правителям поневолити себе [11, гл. 18]. Так, Т. Гоббс використовує як аргумент небезпеку анархії, страшні наслідки боротьби за владу і кінцеві переваги порядку, який має бути досягнутий практично будь-якою ціною [11, 21.111]. Для того щоб виправдати тоталітаризм, тоталітаристи повинні спиратися на аргументи розуму і справедливості. Це зводить дискусію навколо перших принципів до простіших питань влади та процедури. Чий розум або яка процедура міркування переважатиме? Яків І стверджував, що «він має розум, так само як і судді» [12, с. 63]. Його підданих це не переконало.

Постмодерністська помилка у праві є менш шкідливою, ніж тоталітарна, оскільки має кращі наміри, але врешті-решт впадає у ті ж суперечності. У той час як тоталітарна помилка у праві заперечує можливість будь-якого незалежного критерію справедливості й віддає всю владу суверену задля збереження

¹ Див. критику грецьких та латинських авторів у «Левіафані» [11, 21.111].

миру¹, постмодерністська помилка заперечує можливість неупередженого судження про справедливість і ставить під сумнів *будь-яку* законну владу як таку, що заснована на грубій деспотичній силі, яка застосовується в інтересах можновладців². Постмодерністська чутливість у своїх кращих проявах кидає виклик затьмаренню свідомості застарілими і необґрунтованими претензіями несправедливих правових систем задля втілення розуму і справедливості, але роблячи це, постмодерністська помилка заперечує можливість розуму як такого і усуває кращий аргумент на користь реформ.

Заперечуючи можливість зовнішніх критеріїв розумності у праві, постмодерністська помилка залишається без жодного аргументу проти тоталітарної тенденції, задля протистояння якій вона, як передбачається, існує. Право потребує певного підґрунтя, щоб бути дієвим, а критики несправедливих законів потребують певного критерію для своєї критики. Хоча постмодерністські критики існуючих правових систем роблять корисну справу, кидаючи виклик легітимності сили і обману у праві, вони не можуть нічого запропонувати натомість. Інакше вони повертаються до аргументу соціальної чи дистрибутивної (розподільчої) справедливості, що суперечить їх первинній критиці розуму. Сама практика критики і дискусії щодо права по суті передбачає можливість інтерсуб'єктивного консенсусу щодо питань права, а це руйнує постмодерністський виклик розуму у праві. Постмодерністська відмова від претензії права на розумність руйнується практично у той самий спосіб, що й тоталітарна помилка, якій вона протистоїть.

Романтична помилка у праві прагне подолати самоспростування пост- (або пре-) модерністського правового скептицизму, пропонуючи емоціям посісти місце розуму як основи інтерсуб'єктивної реальності. У цьому є значна частина правди, але не в тому сенсі, який вкладають у це романтики. Незважаючи на те, що крос-культурні дослідження виявляють узгодженість між моральними та іншими емоціями у різних суспільствах, що виражається у фізичних проявах емоцій і спільних рисах у поведінці людей³, ці емоції часто суперечать одна одній і в будь-якому разі глибоко вкорінені у соціальній практиці, яка може періодично змінюватись. Люди відчувають гнів, відразу, презирство, сором, провину, вдячність тощо практично однаково всюди, але не завжди з однакових причин, якщо тільки вони не координували свої дії. Координація вимагає критерію поза межами безпосереднього емоційного досвіду як такого. Неписані емоційні правила людської взаємодії створюють у дійсності дуже зручний фундамент для людського суспільства — фундамент, який може бути істотно вдосконалений шляхом застосування людського розуму до питань справедливості.

Право не може залежати безпосередньо від емоцій, тому що емоції виникають по-різному в кожного, згідно з його або її власними інтересами, ситуацією та обставинами. Люди розвивають свої емоції за допомогою освіти, а освіта може бути різною, недосконалою або неповною, і в будь-якому разі потребує мети або критерію поза самими емоціями. Не всі емоції мають однаковий вплив на питання справедливості (а відповідно і права), і багато емоцій, таких як пристрасть, жадібність та заздрість, є протилежними справедливості. Відмінність

¹ Пор.: «*princeps legibus solutus est*» («принцепс вільний від дотримання законів») [13, I.3.31].

² Див., напр.: [14].

³ Див., напр.: [15].

між розумом та емоціями у правовому та моральному судженні легко зрозуміти за допомогою розмежування питань «Чого я хочу?» і «Що було б правильним для мене мати?» Законодавці та судді повинні запитати себе: «Яке право є правильним у цих обставинах?», а не «Що я хотів би бачити правом?», що часто мало б різні відповіді. У кращому випадку романтична помилка повертається до плюралізму групових інтересів або простого правила більшості. Значно частіше вона стає жертвою націоналізму, расизму або інших емоційно багатих, але руйнівних для суспільства виявів небезпечних бажань людини.

Технократична помилка у праві є дзеркальним відображенням романтизму. Якщо романтики поставили на місце розуму у праві емоції, технократи намагаються взагалі усунути емоції з права, визначаючи правове мислення як просту логічну операцію, або дедукцію. Технократи, подібно до постмодерністів і романтиків, стверджують, що хоча всі правові системи претендують на служіння справедливості, не всі служать їй у дійсності. Це підводить їх, подібно до тоталітаристів, до спроби усунути справедливість із права. Технократи не заперечують можливість справедливості, але розглядають справедливість як питання, зовсім не пов'язане з правом. Технократи інколи визнають, що справедливість є тим, до чого праву *належить* прагнути в ідеальному світі, але правом є (для них) будь-що, що визнається такою правовою системою, часто несправедливе. Технократи хочуть бути здатними розмежувати право та емоції задля запровадження більш строгої «науки» права.

Багато з тих, хто називає себе правовими позитивістами, попадаються на цю технократичну принаду. Їх фундаментальна інтуїція є правильною: не всі правові системи є справедливими. Багато технократів навіть погоджуються з тим, що головною метою правової освіти має бути виправлення та визначення цих несправедливостей. Проте технократична помилка зазнає невдачі, подібно до інших, у її власних термінах, тому що вона не може точно описати, як будь-яка існуюча правова система функціонує в дійсності. Претендуючи на справедливість, усі правові системи включають критерії справедливості та розумності у численні норми в ході адміністрування права. Незалежно від того, чи повністю вони досягають справедливості, чи ні, усі правові системи постійно апелюють до її вимог. Претензія на справедливість — це те, що робить право цікавим і сильним, а справедливість спирається врешті-решт на людські емоції. Технократи втрачають саму суть справи.

Технократична помилка у праві є найменш шкідливою з чотирьох розглянутих, оскільки хоча вона й занадто звужує визначення права у марній гонитві за ясністю та правопевністю, вона залишається сумісною або майже сумісною зі справедливістю. Тоталітаристи, постмодерністи та романтики — усі в різний спосіб заперечують можливість розуму у праві. Технократи визнають розум, що краще, але, роблячи це, вони звужують його визначення настільки, що розум втрачає більшу частину своєї цінності. Розташували аксіоми справедливості, на які спирається право, поза сферою права і розуму (як вони їх визначають), технократи втрачають найцікавіші та найважливіші питання у вивченні права.

3. Розум

Розум як мотив дії відрізняється від емоцій, оскільки розум починається з аксіом, що проголошуються істинними, у той час як емоції починаються з відчуттів, що приймаються як дійсні. Емоції виражають особистий стан. Розум

прагне зовнішньої реальності, або радше розум прагне подібної реальності, тому що аксіоми розуму є неочевидними і можуть стати предметом ревізії, якщо вони не підтвердяться. Розум відрізняється від емоції тим, що він прагне істини, намагається наблизитись до істини настільки, наскільки це можливо (за сучасного стану знання), і визнає те, що вона повинна бути змінена, якщо виявиться хибною. Оскільки всі правові системи претендують на те, щоб втілити істину щодо справедливості і таким чином заслужити на наше підкорення, вони також прагнуть діяти розумно, як це впливає з традиційних визначень права. Тією мірою, якою право не є розумним, воно не є легітимним, а відповідно, не заслуговує на наше підкорення або увагу.

Критерієм розумності є істина, але не всі істини легко виявити, або, мабуть, не всі істини взагалі можна виявити, навіть за допомогою найретельнішого дослідження. Це залишає можливість для більш вузької концепції розумності, яка спирається на аргументи, що є істинними у певному контексті, проте не універсально або об'єктивно істинними. Стосовно права ця концепція розуму (яку я назвав «технократичною помилкою») ігнорує всі посилення у праві на те, що є «розумним» або «справедливим», крім звернення до раніше сформульованої концепції, яка визначає, що є «розумним» або «справедливим» в окремих випадках чи обставинах. Такий підхід можна, відповідно, зрозуміти як обґрунтування необмежених повноважень публічної влади. Цей технократичний погляд на речі розширює масштаб свавілля влади, виводячи фундаментальні аксіоми розуму за межі права, але він схоплює фундаментальну істину, яка полягає у тому, що будь-яка правова система повинна мати певний шлях визначення того, чого право вимагає в конкретних обставинах.

Повернемося до різниці між концепціями загального права і цивільного права щодо розуму у праві. Ця відмінність є більше історичною, ніж сучасною, і в будь-якому разі спрощеною, але ми використаємо її як ілюстрацію. Як загальне право, так і цивільне вважають, що право має бути «*summa ratio*» — досконалим розумом — але загальне право знайшло цей розум у дії прецеденту, «який формулюється і переформулюється невизначеною кількістю авторитетних та вчених чоловіків» [4, с. 97b], переважно суддями, у той час як цивільне право знайшло розум у *responsa* (відповідях) інколи навіть професорів права, які не були б почутими у світі загального права. Річ тут не в тім, щоб надати перевагу одній системі права перед іншою, йдеться просто про ілюстрацію відмінностей. Різні системи матимуть різні шляхи визначення та впровадження вимог розуму у праві.

Одним із найцікавіших питань юриспруденції завжди буде питання про те, які процеси найкраще визначають, чого саме вимагає розум у праві. Це питання виникає на двох рівнях: по-перше, на конституційному рівні, де створюються публічні структури, які визначатимуть зміст права в окремих випадках; і по-друге, на індивідуальному рівні, де влада виконує свої обов'язки з інтерпретації та зважування всередині неї самої. Конституційний устрій перебуває за рамками цього дослідження, тому я не торкатимусь його, окрім застереження щодо того, що сучасний конституціоналізм сам по собі є проявом підвищеної уваги до ролі розуму і легітимності у праві. Конституціоналізм виник для вирішення першої проблеми практичного законодавства: «Яке поєднання сил у суспільстві, або яка форма правління, сприятиме формуванню гарних і недискримінаційних законів, їх неупередженому виконанню і правильній інтерпрета-

ції, таким чином, щоб громадяни могли постійно розділяти вигоди від них і бути впевненими в їх тривалості» [16, I. 128].

Тоталітаристи, технократи, постмодерністи і романтики, — усі помиляються щодо головної мети права, коли применшують роль розуму як міри правової легітимності. Конституціоналісти справедливо визнають гарні процедури секретом правової раціональності, але навіть конституціоналісти повинні визнати роль судження у пошуку та утвердженні права. Це друга і більш пряма відповідь розуму емоціям, на особистому рівні інтерпретації, який має завжди доповнювати ширші процеси системної раціональності. Автори конституцій та творці законів повинні зважати на гармонію людського суспільства, аксіоми людського розуму і джерела людських емоцій, щоб максимізувати справедливість. Проте той, хто інтерпретує, впроваджує, вводить в дію право і дотримується його, також потребуватиме застосування свого розуму для того, щоб зрозуміти свій обов'язок.

Розум на всіх рівнях вимагає чогось більшого, ніж просте механічне застосування правил, встановлених іншими. Розум у його найкращій і традиційній ролі як *summa ratio* (основна причина) права або будь-якої іншої дисципліни потребує правильного розуміння суті справи, усвідомлення меж, в яких він повинен діяти — у цьому випадку, людських емоцій. Це означає визнання аксіом розуму правильними і обов'язковими¹. Оскільки люди поєднують у собі розум та емоції, вони також причетні до справедливості, яка є застосуванням розуму до людських емоцій задля досягнення загального блага². Філософи з часів Цицерона та Арістотеля ототожнюють цей вищий розум із гармонією Всесвіту в цілому³, проте окремі правові системи можуть спиратися на значно вужчий критерій справедливості.

Об'єкт, на який спрямований розум, — реальність, а найважливіша реальність у праві — структура людських емоцій. Якщо метою права є справедливість, а метою справедливості є загальне благо, то розум повинен визначати, що є благом для людства, а це є значною мірою питанням людських емоцій. Метою людських емоцій є реальність, яку людський розум може відкрити через спостереження та досвід. Гуманістична природа справедливості є аксіомою розуму, яка повинна прийматись як істинна до того, як хто-небудь зможе розуміти або інтерпретувати право. Розум надає сенсу емоціям і в контексті права повинен гармонізувати їх таким чином, щоб усі члени суспільства могли мати гідне і повноцінне життя.

¹ «*est igitur, quoniam nihil est ratione melius eaque est et in homine et in deo, prima homini cum deo rationis societas; inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est; quae cum sit lex, lege quoque consociati homines cum dis putandi sumus*» («І ось, оскільки кращого за розум немає нічого, і він притаманний і людям, і богам, то найперший зв'язок між людиною і божеством — у розумі. Але якщо спільним для божества і людини є розум, то цей розум, властивий їм, повинен мислити правильно; а оскільки розум — це закон, то ми, люди, повинні вважатися пов'язаними з богами також і законом») [2, I.VII.23].

² «*inter quos porro est communio legis, inter eos communio iuris est; quibus autem haec sunt inter eos communia, et civitatis eiusdem habendi sunt*» («Між тими, між ким існує спільність у формі закону, існує спільність і у формі права. А ті, в кого закон і право спільні, повинні вважатися такими, що належать до однієї громади») [2, I.VII.23].

³ «*ut iam universus hic mundus sit una civitas communis deorum atque hominum existimanda*» («так що весь цей світ слід розглядати як єдину громадянську спільноту богів і людей») (Цицерон «Про закони» [2, I.VII.23]). Пор.: Арістотель «Політика» [9, III, 1287a].

4. Емоція

Емоціями є ті почуття та інстинктивні потреби, які змушують нас діяти задля їх задоволення. Це може відбуватися прямо, як у випадку зі злістю чи огидою, або опосередковано, через певні почуття щастя, гармонії або справедливості, яких ми прагнемо досягти, оскільки розглядаємо їх як благо. Існує численна література, що сягає стоїків і далі, щодо природи людських емоцій, універсальності людських емоцій і науки людських емоцій. Я не збираюся повторювати все це тут, однак хочу привернути увагу до одного загального висновку, який залишається очевидним з часів Арістотеля: багато людських емоцій забезпечують суспільне співробітництво і слугують добробуту інших¹.

Головною людською емоцією у будь-якій дискусії щодо права є почуття справедливості. Це відчуття стосується належного порядку в суспільстві і виникає як реакція на нечесність, утиски, експлуатацію або будь-яке з багатьох інших злодіянь, в ході яких дехто може порушувати правила, що забезпечують членам суспільства можливість жити гідним і повноцінним життям. Так, почуття справедливості виникає частіше за все у відповідь на несправедливість, яка може стосуватися інших, так само як і мене самого. Почуття справедливості і несправедливості охороняє межі взаємодії союзників, захищаючи правила, що роблять можливою спільну роботу задля досягнення певної загальної мети. Почуття справедливості також може бути спрямоване проти чужинців, виправдовуючи насильство «несправедливістю» дій останніх. Це ілюструє небезпечний бік претензій на справедливість. Вони виправдовують жорсткі дії.

Вчені інколи говорять про «моральні емоції», такі як презирство, злість чи огида, якщо вони спрямовані на інших, або сором, зніяковілість чи провина, коли вони спрямовані на себе². Цей перелік почуттів може бути істотно розширений, проте всі вони стосуються або можуть стосуватися людської поведінки, яка також є предметом правового регулювання. У менш приємному світі: люди підвладні потягам, що змушують їх досягати цілей (*ad + petere*), які можуть сприяти або не сприяти досягненню добробуту інших. Емоції виникають із цих потреб. Ми всі хочемо їсти, пити і спілкуватись. Ми всі потребуємо руху та спокою. Ми хочемо жити, вчитися, грати, відчувати красу, дружбу і кохання. Ми можемо хотіти поваги, слави, панування або навіть участі у покаранні чи пониженні інших. Почуття справедливості допомагає визначити, коли ці потреби та емоції є прийнятними, а коли ні.

Почуття справедливості, як і всі інші людські емоції, розвинулось у першу чергу завдяки примхам природного відбору³. Як одна з багатьох емоцій, почуття справедливості може не завжди переважати, але його мета, коли воно превалує, полягає в полегшенні людської взаємодії через спрямування та регулювання інших наших потягів та емоцій. Я можу відчувати злість або презирство до тих, хто шкодить іншим. І це дещо більше, ніж відмова від участі у цьому. Я можу відчувати провину або сором, коли я сам є порушником, перешкоджаючи іншим жити гідним і повноцінним життям. Почуття справедливості обмежує моє прагнення їжі, води і сексуального задоволення, мою здатність діяти, відпочивати,

¹ Два останніх приклади знаходимо у корисній серії із соціальної та правової філософії «Nomos»: [17] і [18].

² Див., напр.: [15].

³ Див., напр.: [19].

вчитися, грати, спілкуватися і кохати. Я є об'єктом почуття справедливості для інших, але також і для самого себе.

Почуття справедливості регулює інші наші моральні емоції, наші потреби і наші захоплення, визначаючи їх відносну легітимність у світлі нашого спільного проекту суспільства. Усі інші потреби та емоції виникли, як і почуття справедливості, для того, щоб служити певній корисній для еволюції меті, але майже всі вони, доведені до межі, матимуть протилежний ефект. Почуття справедливості допомагає тримати інші емоції у рівновазі, оцінюючи їх вплив на інших осіб і суспільство в цілому. Таке розуміння справедливості передбачає ставлення до неї як до керівної емоції. Я не збираюсь применшувати важливість шляхетності, відданості і спокою. Почуття справедливості розглядається тут як репрезентативна емоція. Як і всі моральні емоції, почуття справедливості має соціальний ефект, у даному разі ефект стабілізації суспільства.

Справа тут не в тому, що почуття справедливості завжди правильне, корисне або плідне за нинішнього стану суспільства. Я також не збирався довести, що почуття справедливості має застосовуватись необмежено і необдуманно, більше, ніж будь-яка інша емоція, яка може або повинна бути обмежена за певних умов. Я не стверджую, що почуття справедливості є єдиною або завжди однаковою емоцією. Його радше можна розглядати як родину емоцій, у якій всі слугують єдиній меті узгодження людських стосунків. Важливість для права емоційного почуття справедливості полягає в тому, що воно мотивує людей створювати і утверджувати правові системи, а також забезпечує їх точкою опори, коли виникають сумніви у законності. Почуття справедливості мотивує людей поважати право або протистояти йому, а закони є найбільш дієвими, коли вони збігаються до певної міри з домінуючим почуттям справедливості.

Першочергова важливість емоцій для права, включаючи емоційне почуття справедливості, полягає в тому, що вони мотивують людські дії і відображають людські потреби, які завжди потребуватимуть задоволення. Емоції — це перш за все природне і проміжне вираження загальних правил дії і соціальної взаємодії, які право вдосконалює або прагне вдосконалити шляхом застосування розуму до проблем людського суспільства. Емоції мають набагато ширшу сферу застосування, ніж право. Вони також охоплюють моральність і всі аспекти становища людини, поширюючись, крім людства, на всі творіння, які виграють від простих правил дії. Емоції підтримують граничну підставу права. Вони визначають мету наших життів.

5. Справедливість

Раціональна справедливість являє собою розумне вираження емоційного почуття справедливості і слугує тій самій меті, яка полягає в утвердженні добробуту суспільства в цілому, включаючи усіх його членів. Виражена таким чином справедливість є аксіомою розуму, цінність якої приймається як очевидна. «Справедливість» виражає належне співвідношення прав і обов'язків, вигод і зобов'язань, обмежень і свобод у суспільстві, коли метою є загальне благо, беручи до уваги усіх рівною мірою¹. Жодна правова система не заперечує цієї мети, і всі правові системи претендують на її досягнення, роблять вони це в дій-

¹ Платон «Держава» [7, I.XV.342 E]; Платон «Закони» [8, IV.715B]; Арістотель «Політика» [9, III. IV.7; VII.III.10]; Цицерон «Про державу» [3, I.XXV.39]; Цицерон «Про обов'язки» [5, III.VI.26].

ності чи ні. Раціональна справедливість відрізняється від емоційного почуття справедливості, оскільки вона обґрунтована і осмислена. Виходячи з мети гідного і повноцінного життя для всіх, справедливість визначає, які емоції потрібно розвивати, які змінити, а від яких відмовитись.

Численність і багатоманітність людських потреб та емоцій є однією з прикрас людського суспільства. Ми всі маємо широкі можливості самоосвіти і так багато можливостей для гідного і повноцінного життя, що тисячі життів не могли б задовольнити їх всі. Ми також можемо розширювати наш досвід, проживаючи життя наших друзів і сусідів та насолоджуючись їх різноманіттям. Суспільство користується плодами багатоманітності. Мені не потрібно бути виробником взуття, аби мати взуття, або бути спортсменом, щоб займатися спортом. Справедливість передбачає і заохочує цю свободу, якої хоче кожний. Ми всі є до певної міри авторами своїх власних життів. Справедливість встановлює межі цієї автономії. Багато проявів емоцій та потягів мають бути обмежені, оскільки вони загрожують добробуту інших людей або суспільства в цілому. Інші емоції повинні заохочуватись, оскільки приносять радість у людське існування.

Деякі критерії справедливості є універсальними, адже виражені у таких загально визнаних документах, як Загальна декларація прав людини, що починається із вродженої гідності та рівних і невід'ємних прав усіх членів людської родини, захищених верховенством права (Загальна декларація прав людини (1948), преамбула [20]). Право на життя, свободу і особисту недоторканність, заборона рабства, тортур та свавільного затримання — ці та багато інших атрибутів справедливого суспільства (Загальна декларація прав людини (1948), статті 1–20 [20]) є, висловлюючись у дусі минулих часів [21], «самоочевидними», оскільки вони задовольняють очевидні людські потреби¹. Інші аспекти справедливості є більш програмними і реалізуються поступово в межах наявних економічних і культурних ресурсів (Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (1966), особливо ст. 2.1 [23]).

Раціональна справедливість є універсальною в тому сенсі, що людські емоції є універсальними, проте вона також є різною, оскільки емоції проявляються по-різному, що зумовлює відмінності між суспільствами залежно від історичних обставин. Деякі правові системи та суспільства будуть більш справедливими, ніж інші, в силу відмінностей у моделі справедливості та її адмініструванні. Інші будуть більше або менше справедливими в силу історичних або культурних обмежень. Справедливість виникає у суспільстві на перетині культури та інститутів. Емоції та чуйність (здатність до співчуття) громадян і посадових осіб повинні розвиватись та вдосконалюватись так само, як і самі закони, а однією з головних цілей права є відповідна освіта громадян.

Справедливість залежить від емоцій, оскільки гармонізація виражених в емоціях симпатій та антипатій є головною метою розумного людського суспільства. Наші бажання жити, вчитися, грати, відчувати красу, дружбу і кохання (наприклад) легше гармонізувати з добробутом інших, ніж бажання ненавидіти або панувати над оточуючими. Не всі природні емоції сумісні з раціональною справедливістю, орієнтованою на критерій загального блага. Деякі установки та схильності не- або антисоціальної спрямованості не заслуговують на такий

¹ Див., напр.: Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966) [22].

самий рівень заохочення, як більш корисні емоції. Наші почуття мають значення, але їх можна удосконалювати у світлі розуму.

Людське почуття справедливості глибоко вкорінене у нашій соціальній природі, притаманній усім людським істотам. Проте природна сфера нашого прагнення справедливості не може бути дуже широкою. Прогрес справедливості в сучасному світі пов'язаний із поступовим розширенням суспільства, яке охоплює все більше спільнот у межах людства. Цицерон вважав нас усіх громадянами одного великого суспільства людей і богів [2, I.VII.23]. Занадто часто ми обирали вузький погляд. Як свідчить більша частина людської історії, люди об'єднувались у маленькі, егоїстичні і взаємно антагоністичні спільноти, кожна з яких шукала справедливість у межах власної малої групи, надаючи їй перевагу над усіма іншими. Рух до миру, процвітання і справедливості пов'язаний із розширенням сфери нашої соціальної близькості.

Найвища справедливість космополітична, тому об'єднання на кшталт IVR є такими важливими. Всесвітні конгреси на зразок цього відкривають нам очі на обмежену природу місцевих законів і навіть філософії права, яка відрізняється у різних спільнотах. Говорячи це, я не маю на увазі, що локальна обмеженість є завжди чимось поганим, навпаки, більшість із того, що є найкращим у житті, виникає зі спільного досвіду і поєднання місцевих особливостей з культурою. Однак ми також виграємо, відмежовуючи те, що є вузьким і контекстуальним у справедливості, від того, що є космополітичним і універсальним [10]. Людське прагнення справедливості «вписане Богом у серце людини», як оригінально пояснює Кук (слідом за Аквінатором) [24, с. 12a–12b]¹. Ми відчуваємо й використовуємо наші моральні емоції, хочемо ми цього чи ні.

6. Легітимність

Легітимність означає відповідність керівному критерію або правилам, за допомогою яких ми оцінюємо суспільний стан або практику, і керівним критерієм легітимності законів і правових систем є справедливість. Легітимність або нелегітимність законів і правових систем є важливою, не тільки для них самих (ми хочемо, щоб наші закони були справедливими), а й тому, що визнання легітимності сприяє згоді. Недостатньо сказати, що право є дійсним відповідно до вимог правової системи, яка створює його. Народ також повинен визнати, що сама правова система є легітимною, перш ніж підкорятися їй. Правові системи, що прагнуть цієї необхідної легітимності, неминуче включають деякі основні критерії справедливості до структури своїх правових норм.

Бути легітимним означає бути виправданим із точки зору певного зовнішнього критерію [26, с. 17], і на практиці легітимація потребує обґрунтування. Тоталітарна, технократична, постмодерністська і романтична помилки у праві — усі приречені на поразку саме тому, що вони не пропонують переконливого обґрунтування для легітимації правової системи в цілому. Тоталітарне обґрунтування («тому що я так сказав») не спирається на справедливість і є малопереконливим. Постмодерністське пояснення («обґрунтування неможливе») не може покласти жодного значущого обмеження на людські дії. Романтичне пояснення («моє почуття — це єдине, що має значення») не дуже привабливе в контексті інтерсуб'єктивності, а технократичний підхід («легітимність — це окреме

¹ Пор.: Августин «Про свободу волі» (1.5). Цит. за: Тома Аквінський «Сума теології» 1-2.95.2 [25].

питання») ігнорує природу і мету права, яке завжди претендує на легітимність, виправдану його служінням справедливості [27].

Тоді що ж може виправдати правову систему, або надати їй легітимної сили? Правові системи є обґрунтованими, а отже, і легітимними, якщо вони дають кращі відповіді на питання справедливості і загального блага, ніж ті, які суспільство могло б знайти та імплементувати без їх втручання. Легітимність права виявляється в континуумі. Деякі правові системи можуть бути більш легітимними, ніж інші. Деякі можуть бути легітимними для певних цілей, але нелегітимними для інших. Деякі можуть бути легітимними тільки тимчасово і випадково, якщо вони відповідають окремому кращому критерію справедливості. Я зосереджусь тут на процедурній легітимності, не торкаючись безпосередньо матеріальної легітимності окремих правових наслідків. Проте ці два аспекти легітимності пов'язані між собою. Найкращий показник будь-якої легітимності процедури — ймовірність того, що вона принесе легітимні результати.

Правові системи є легітимними, якщо вони добре забезпечують справедливість, і нелегітимними, якщо ні. Такі питання пов'язані з оцінкою, але певна поміркованість повинна привести нас до висновку, що добре влаштовані процедури правового обговорення дадуть кращі й точніші відповіді на питання справедливості, ніж наші власні особисті міркування, якими б мудрими ми не були. Навіть якщо це не так, добре влаштовані системи правового обговорення координуватимуть наш колективний пошук справедливості краще, ніж я або будь-хто інший міг би це зробити без допомоги [28]. Правові системи є легітимними, якщо вони роблять суспільства, які вони регулюють, більш справедливими, і роблять це краще, ніж будь-яка можлива альтернативна система правового регулювання.

Студенти, що вивчають філософію права або юридичну практику, роблять світу велику послугу, коли вони ставлять питання щодо легітимності правових систем, з якими вони самі мають справу, або прагнуть удосконалити їх. Тоталітарна, технократична, постмодерністська і романтична теорії права пере-креслюють цінність як правової, так і академічної справи, коли вони уникають фундаментальних питань легітимності права. У наших видатних університетах, що виникли спочатку у Болоньї, Парижі, Оксфорді та в інших містах, розглядалось саме це питання: що таке справедливість і як може право слугувати їй? Або, як невідомий правознавець сформулював це у XII ст.: «Право і справедливість мають бути одним і тим самим, і чого б не вимагала справедливість, право повинно слідувати їй»¹.

Соціологи і деякі юристи прагнуть уникнути матеріальних питань легітимності, роблячи легітимність радше соціологічним, ніж нормативним фактом. Такий підхід є проґрашним, оскільки втрачає суть справи. Соціологічний факт визнання легітимності заснований на аргументах, які правові системи висувають на підтримку своєї власної нормативної легітимності, і визнанні громадянами їх справедливості. Емпірична або соціологічна легітимність паразитує на реальній легітимності, яка для права визначається відсилкою до справедливості. Мета права як такого — реалізація справедливості, і право цінне тільки тією мірою, якою воно відповідає їй [27]. Це дозволяє назвати певні закони або пра-

¹ Невідомий юрист, процитовано у К. Пенінгтона: «*Iustitia est ius in effectu idem sunt vel esse deberent. Quid enim iustitia vult, idem et ius persequi studet*» [29, с. 233].

вові рішення «легальними», але не «легітимними». Право завжди претендує на легітимність, але може не мати її насправді.

Легітимність права виникає з розумності дозволів і заборон у досягненні загального блага. Матеріальна справедливість важлива¹, проте в дійсності існують відмінності в індивідуальному сприйнятті справедливості. Більш зручний критерій легітимності базується на гарних процедурах, які досягають законності і справедливості краще, ніж ми змогли б це зробити в інший спосіб [16]. Вчені можуть критикувати несправедливість у двох напрямках, розробляючи критерії субстанційної справедливості і вдосконалюючи процедури раціонального обговорення. Якщо закони і правові системи вважаються легітимними, значно збільшується імовірність того, що їх суб'єкти поважатимуть їх, посадовці забезпечуватимуть їх дотримання, суспільство процвітатиме, а справедливість пануватиме над усім.

7. Дієвість

Право і правові системи, які визнаються легітимними, є зазвичай також більш дієвими, ніж інші. Під «дієвістю» я маю на увазі, що закони працюють. Законодавці, судді та інші творці й інтерпретатори законів у цілому хочуть, щоб проголошені ними закони були дієвими, і створюють закони, зокрема, для досягнення цієї мети. Це бажання бути дієвими змушує навіть корумповані або деспотичні правові режими певною мірою брати до уваги розум, емоції і справедливість, створюючи або інтерпретуючи закони. Вони хочуть, щоб їх громадяни вважали закони справедливими, і роблять закони справедливими, принаймні частково, щоб зберегти це ставлення.

Очевидна цінність дієвості може також становити загрозу для розуму і справедливості у праві в силу аргументу, запропонованого Т. Гоббсом. Ціна анархії або громадянської війни є настільки високою, що майже будь-який стабільний режим є кращим за громадські безлади. Ураховуючи величезну ціну відсутності встановленого права, майже всі існуючі правові системи заслуговують на певну лояльність в інтересах стабільності, якими б несправедливими вони насправді не були. Це проковує складне питання про те, до якої міри потрібно терпіти деспотизм і несправедливість в інтересах миру та утвердження дієвості права, навіть якщо воно є несправедливим. Простіше кажучи, вищі стандарти легітимності можуть загрожувати дієвості режимів, влада яких ґрунтується на незнанні та обмані.

Я наголосив на тісному зв'язку між розумом та емоціями у праві, однак у пошуку дієвості вони можуть не збігатися, і баланс стає більш складним. Повторюсь, що емоційне почуття справедливості може відрізнитись від самої справедливості. Те саме стосується багатьох моральних емоцій. Існують також антиморальні або навіть антисоціальні емоції насильства і панування. Право, для того щоб бути легітимним, потребує емоційної підтримки, однак не всі емоції служать справедливості. Правові системи, створені для цілей, не пов'язаних зі справедливістю та загальним благом або навіть протилежних їм, крім їх інституційної претензії на справедливість, можуть мати емоційні джерела. Вимога

¹ «*For forms of government let fools contest; whate'er is best administer'd is best*» («О формах власти спорить — блажь и грех; Тот лучше всех, кто правит лучше всех» (Пер. В. Микушевича)) [30, III.303].

справедливості завжди існуватиме, однак реальність може істотно відрізнятись. Українські несправедливі режими можуть утверджувати дієвість у соціологічному сенсі, маніпулюючи емоціями всупереч інтересам справедливості.

Це робить менш схвальні емоції помітними навіть у справедливих у матеріальному сенсі режимах, що стає очевидним при розмежуванні справедливості й риторики. Від самого початку публічного простору риторичари вчили науці мотивації, відмінної від науки про правильне і неправильне. Задля досягнення своєї мети — справедливості — право має бути дієвим, і для того щоб зробити себе дієвим, право і його слуги повинні враховувати людські емоції такими, якими вони їх знаходять. Право повинно розглядати не тільки оптимальний із точки зору справедливості розподіл дозволів і заборон у суспільстві, а й оптимально ефективний розподіл дозволів і заборон, який може відрізнятись від першого. Емоції впливають на дієвість не лише безпосередньо зумовлюючи розуміння вимог справедливості. Найкраще розуміння права у його відношенні до справедливості включатиме його можливість бути дієвим і виконуваним.

Що саме матиме значення у забезпеченні ефективності права, залежить від стану суспільства, морального розвитку його громадян, культури та традицій, згідно з якими має застосовуватись право. Знамените спостереження Джона Стюарта Мілля полягає в тому, що «деспотизм є легітимним способом управління» «варварами», і що «правитель, сповнений духом вдосконалення, виправданий у використуваних ним засобах, що сприятимуть досягненню мети, якої не можна досягти в інший спосіб» [31, 1.9]. Жорсткі правителі менш розвинених націй часто використовують ці аргументи, щоб виправдати ігнорування нормальної процедурної справедливості, і цей аргумент може мати певну прийнятність, якщо забезпечується збереження справедливості як кінцевої мети. Однак аргумент варварства є вкрай непереконаливим. Жоден народ не повинен залишатись «неповнолітнім» завжди.

Емоції керують ефективністю, оскільки підкорення вимагає мотивації, але розум може змінити емоції, спрямувавши раціональну увагу на цінність, якої має бути досягнуто. Розробка ефективної правової системи стає у всіх відношеннях настільки ж раціональною роботою, як і розробка та розуміння самої справедливості, оскільки ефективні правові системи не тільки поважатимуть, а й виховуватимуть емоції, задля кращого утвердження добре впорядкованого суспільства, у якому кожний може процвітати. Емоції спонукають нас до вчинків, які у багатьох випадках можна зробити сумісними з потребами тих, хто нас оточує. Закони мають бути дієвими для того, щоб проводити бодай якусь диференціацію¹.

8. Право, розум та емоції

Отже, дозвольте мені повторити те, що я сказав сьогодні про право, розум та емоції. Право претендує на те, щоб бути розумною підставою для дозволів і заборон. Визначення походить від Цицерона, однак будь-яка правова система претендує, явно чи приховано, на те, щоб «встановлювати справедливість»,

¹ «*et quae harmonia a musicis dicitur in cantu, ea est in civitate concordia, artissimum atque optimum omni in re publica vinculum incolunitatis, eaque sine iustitia nullo pacto esse potest*» («Тим, що музиканти називають гармонією у співі, в державі є згода, цей найтісніший і найкращий зв'язок, що гарантує безпеку в кожній державі і жодним чином неможливий без справедливості») [3, II.XLII.69].

«сприяти загальному добробуту» і «забезпечувати нам і нашим нащадкам блага свободи»¹. «Верховенство права, а не людей», що так часто згадується філософами і політиками, передбачає існування незалежного від будь-якої окремої людської волі критерію, який дозволив би захистити суб'єктів права і суспільство від свавілля будь-якої іншої особи. Цей критерій у праві — справедливість, і всі правові системи вимагають його для того, щоб обґрунтувати їх повноваження керувати. Вимога справедливості є тим, що надає праву його привабливість і силу, а справедливість спирається врешті-решт на людські емоції.

Розум відрізняється від емоцій, оскільки він претендує на пошук істини, яка завжди може бути переглянута у світлі кращих доказів. Розум спирається на аксіоми, проголошені істинними, у той час як емоції спираються на почуття, прийняті як реальні. Одним із найцікавіших питань в юриспруденції завжди буде питання про те, які процеси здатні найкраще визначити, чого вимагає розум у праві. Тоталітаристи, технократи, постмодерністи і романтики всі помиляються щодо головної мети права, коли применшують роль розуму як критерію правової легітимності. Об'єктом розуму є реальність, а найважливішою реальністю у праві є структура людських емоцій. Природа людських емоцій — це істина, яку розум може відкрити шляхом спостереження та досвіду.

Емоції є тими почуттями і потребами, які спонукають нас до дії щодо їх задоволення. Ці потяги чи бажання можуть сприяти або не сприяти добробуту інших, але багато з них роблять це, включаючи почуття справедливості, яке цінує всіх членів суспільства і заперечує гноблення. Це почуття виникає, подібно до всіх інших людських емоцій, перш за все завдяки домінуванню природного відбору, проте воно також забезпечує основу для раціонального почуття справедливості, яке слідує подібним цінностям більш зважено. Для того, щоб зрозуміти, які дії право повинно вимагати від людей, а які забороняти, ми повинні спочатку зрозуміти, чого вони хочуть і що відчувають, а це зумовлено людськими емоціями.

Раціональна *справедливість* є обґрунтованим вираженням емоційного почуття справедливості і служить тій самій меті, яка полягає у загальному добробуті суспільства в цілому, включаючи усіх його членів. Раціональна справедливість є універсальною в тому сенсі, що людські емоції є універсальними, але водночас мінливою, оскільки вираження емоцій може бути різним, змінюючись залежно від часу і обставин. Справедливість залежить від емоцій, оскільки гармонізація людських схильностей і антипатій, виражених в емоціях, є головною метою раціонального суспільства. Справедливість є універсальним критерієм розуму у праві.

Усі правові системи претендують на *легітимність*, тобто на те, щоб бути справедливими, тому що справедливість є критерієм легітимності у праві. Легітимність або нелегітимність законів і правових систем є важливою не тільки сама по собі, а також тому, що визнання легітимності сприяє згоді. Тоталітарна, технократична, постмодерністська і романтична помилки у праві зазнають невдачі саме тому, що вони не пропонують переконливого обґрунтування легітимності правової системи в цілому. Правові системи є обґрунтованими, а відповідно й легітимними, коли вони дають кращі відповіді на питання справедливості й загального блага, ніж ті, які суспільство могло б дати без їх втручання.

¹ Пор.: Конституція США (1787), преамбула [32].

Головна мета права — розгортання справедливості, і право не має великої цінності, якщо воно не робить цього.

Закони будуть *дієвішими*, якщо вони більш-менш відповідатимуть іншим людським емоціям, включаючи почуття справедливості. Сама дієвість є важливою правовою цінністю, що виправдовує певні відхилення від справедливості в інтересах миру і правової визначеності. Емоції визначають дієвість, тому що підкорення потребує мотивації, але обидва є об'єктами розуму, який може надати форми нашим емоціям в інтересах справедливості. Розум та емоції є парою стовпів, на яких тримається право і які роблять право легітимним, справедливим і дієвим, якщо тільки вони беруться до уваги, інакше — ні. Ніхто не може зрозуміти право без посилення водночас на людські емоції та на мету, якій служить право і яка полягає у загальному благові кожного члена суспільства.

Ніщо з того, що я сказав сьогодні, не є новим. Ніщо з того, що я сказав, не є складним, і все це присутнє у кожній правовій системі, притаманній кожному керованому людському суспільству, коли б і де б воно не існувало. І все ж я гадаю, що мої зауваження водночас є викликом для значної частини сучасної правової освіти, і якщо ви сприймете сказане мною, багато хто з вас звернеться до продуктивного і цікавого напрямку дослідження *розуму, емоцій, справедливості, легітимності і дієвості* права. «Право розум і емоції» — тема XXVII Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), що відбудеться у 2015 р. у Вашингтоні. Ця тема зачіпає кожний аспект юриспруденції. Тож ви матимете можливість досить детально розглянути всі ці питання. Мені дуже цікаво почути, що ви скажете.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Carroll L.* Through the Looking Glass and What Alice Found There / L. Carroll. — 1871.
2. *M. Tullius Cicero.* De legibus.
3. *M. Tullius Cicero.* De re publica.
4. *Coke E.* The First Part of the Institutes of the Laws of England; or, a Commentary upon Littleton / E. Coke. — 1628.
5. *M. Tullius Cicero.* De officiis.
6. *Taylor G.* Justifying the Emotions / G. Taylor // Mind, New Series. — 1975. — Vol. 84. — P. 390–402.
7. *Plato.* Politeia.
8. *Plato.* Nomoi.
9. *Aristotle.* Politica.
10. *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law* / M. N. S. Sellers (ed.). — Cambridge : Cambridge University Press, 2012. — 302 p.
11. *Hobbes T.* Leviathan / T. Hobbes. — 1651.
12. *Coke E.* Prohibitions del Roy / E. Coke // Reports. — 1607. — Vol. 12.
13. Digest.
14. *Unger R.* The Critical Legal Studies Movement / R. Unger. — Cambridge : Harvard University Press, 1983.
15. *Haidt J.* The Moral Emotions / J. Haidt // Handbook of Affective Sciences / R. J. Davidson, K. R. Scherer, H. H. Goldsmith eds. — New York : Oxford University Press, 2003. — P. 852–870.
16. *Adams J.* A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America / J. Adams. — London, 1787.

17. *Fleming J. E.* Evolution and Morality / J. E. Fleming, S. Levinson. — New York : New York University Press, 2012. — 409 p.
18. *Fleming J. E.* Passions and Emotions / J. E. Fleming. — New York : New York University Press, 2013. — 338 p.
19. *Hauser M. D.* Moral Minds: How Nature Designed Our Universal Sense of Right and Wrong / M. D. Hauser. — New York : Ecco/Harper Collins, 2006. — 512 p.
20. *Universal Declaration of Human Rights* (December 10, 1948).
21. *Declaration of Independence of the United States of America* (July 4, 1776).
22. *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966).
23. *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (1966).
24. *Coke E.* Reports / E. Coke. — 1610.
25. *Thomas Aquinas.* Summa Theologiae.
26. *Tasioulas J.* Parochialism and the Legitimacy of International Law / J. Tasioulas // Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law / M. N. S. Sellers (ed.). — Cambridge : Cambridge University Press, 2012. — P. 16–39.
27. *Sellers M. N. S.* The Value and Purpose of Law / M. N. S. Sellers // University of Baltimore Law Review. — 2004. — Vol. 33.
28. *Sellers M. N. S.* Republican Impartiality / M. N. S. Sellers // Oxford Journal of Legal Studies. — 1991. — Vol. 11. — P. 273–282.
29. *Pennington K.* Lex naturalis and Ius naturale / K. Pennington // Crossing Boundaries in Mediaeval Universities / S. E. Young ed. — Leiden-Boston : Brill, 2011. — P. 227–253.
30. *Pope A.* Essay on Man / A. Pope. — 1734.
31. *Mill J. S.* On Liberty / J. S. Mill. — 1859.
32. *Constitution of the United States* (1787), Preamble.

Селлерз М. Право, розум та емоції

Анотація. Стаття покликана спровокувати деякі думки з приводу зв'язків між «Правом, розумом та емоціями» (тема Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), що відбудеться у 2015 р. у Вашингтоні). Автор стверджує, що право, розум та емоції тісно пов'язані між собою і є в дійсності провідними цінностями будь-якої дієвої правової системи. Базова аксіома раціональної справедливості полягає в тому, що кожна людина є цінністю, і що кожен заслуговує на підтримку і допомогу в досягненні гідного й повноцінного життя разом з іншими людьми. Найкраще законодавство та найцікавіша й найпереконливіша філософія та інтерпретація права повинні враховувати наші природні людські емоції, оскільки вони пов'язані з можливістю гарного життя і правилами справедливого суспільства. Емоції мають заохочуватись або ні залежно від їх цінності і очікуваного ефекту, в світлі розуму і справедливості. Ми не можемо і не повинні заперечувати апеляцію права до розуму, але емоції залишаються першою і останньою основою справедливості та граничною підставою права.

Ключові слова: право, розум, емоція, справедливість, дієвість, верховенство права.

Селлерз М. Право, разум и эмоции

Аннотация. Статья призвана спровоцировать некоторые мысли по поводу связей между «Правом, разумом и эмоциями» (тема Всемирного конгресса Международной ассоциации философии права и социальной философии (IVR), который состоится в 2015 г. в Вашингтоне). Автор утверждает, что право, разум и эмоции тесно связаны между собой и являются в действительности ведущими ценностями любой действенной правовой системы. Базовая аксиома рациональной справедливости заключается в том, что каждый человек является ценностью,

и каждый заслуживает поддержки и помощи в достижении достойной и полноценной жизни вместе с другими людьми. Наилучшее законодательство и наиболее интересная и убедительная философия и интерпретация права должны учитывать наши естественные человеческие эмоции, поскольку они связаны с возможностью хорошей жизни и правилами справедливого общества. Эмоции должны поощряться или нет в зависимости от их ценности и ожидаемого эффекта, в свете разума и справедливости. Мы не можем и не должны отрицать апелляцию права к разуму, но эмоции остаются первой и последней основой справедливости и предельным основанием права.

Ключевые слова: право, разум, эмоция, справедливость, действенность, верховенство права.

Sellers M. Law, Reason, and Emotion

Summary. The purpose of this paper is to provoke some thought about the relationship between «Law, Reason, and Emotion» (the theme of the 2015 IVR World Congress in Washington, DC). The author suggests that law, reason and emotion are inextricably intertwined and in fact the central values of any effective system of justice. The foundational axiom posited for rational justice is that every human being has value and that all deserve support and encouragement in living worthwhile and fulfilling lives with other human beings. The best legislation and the most interesting and persuasive philosophy and interpretation of the law will take our natural human emotions into account, as they relate to the possibility of a good life and the rules of a just society. Emotions should be cultivated or not according to their value and likely effects, in the light of reason and justice. We cannot and should not deny the law claim to reason, but emotions remain the first and final basis of justice and ultimate foundation of the law.

Key words: law, reason, emotion, justice, effectiveness, rule of law.

ПРАВОРОЗУМІННЯ: ПОТРЕБОВА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ

П. РАБІНОВИЧ
*доктор юридичних наук,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка),
заслужений діяч науки і техніки України*



Вступні зауваги. Що вважати праворозумінням? Або, інакше кажучи: яке явище відображається цим терміно-поняттям?

На відміну від досить поширеної, так би мовити, «колоподібної» відповіді на наведене запитання (як-от: «праворозуміння — це розуміння права»), мною вже протягом щонайменше п'яти років обстоюється інакша інтерпретація означеного явища. А саме: **праворозуміння** — це відображення в людській свідомості за допомогою поняття, позначуваного терміном «право» (або ж іншим однозначним із ним словом чи символом), того явища, котре оцінюється певним суб'єктом як корисне для задоволення його потреб існування та розвитку і забезпечується соціальними обов'язками інших суб'єктів. Тобто йдеться про самоз'ясування (інтерпретацію) того, щб, власно, відображається поняттям, позначеним словом «право» (або іншим однозначним із ним терміном чи знаком).

У наведеній вище дефініції інтегровані формальні (знакові) та змістовні (соціально-сутнісні) властивості праворозуміння. Тільки в їх єдності, цілісності останнє становить самостійне, якісно визначене духовне (ментальне) утворення.

Таких явищ, загалом кажучи (як свідчить уся колишня та й сучасна правова думка), існує щонайменше з десяток. Зокрема:

- свобода людини, тобто можливість її певної добровільної поведінки, діяльності;
- справедливість (встановлювана оцінним пізнанням якихось суб'єктів як специфічна властивість тих чи інших суспільних явищ, зокрема людських вчинків);
- норми (правила різного походження — як загальні, так й індивідуальні) стосовно людської поведінки;
- приписи щодо здійснення саме такої поведінки, яка вважається декотрими суб'єктами «справедливою»;
- певні інтереси тих чи інших суб'єктів соціуму (або ж, у кінцевому підсумку, їхні потреби, втілювані у таких інтересах);
- збалансованість, узгодженість інтересів різних учасників суспільного життя, що досягається або через їхню домовленість, або ж через волевиявлення носія публічної влади;

© П. Рабінович, 2014

– притаманні суб'єктам особливі почуття, емоції та інші позараціональні психічні явища;

– вимоги, домагання суб'єктів стосовно надання їм певних цінностей, благ, звернені до суспільства, держави або інших людей чи їхніх об'єднань;

– комунікація («комунікаційна цілісність»), діалог, дискурс суб'єктів;

– власне смисли (змісти) висловлювань, понять, що конституюються суб'єктами у процесі їх безпосереднього спілкування.

Природно, виникають запитання: то яке ж із-поміж зазначених явищ вважати саме *правом*? Або одночасно декілька із них? Чи, можливо, усі вони без винятку? І чи існують (або будуть виникати в майбутньому) ще якісь інші явища, що також претендуватимуть на «правовість» і відобразатимуться вказаним терміно-поняттям?

А головне: чим же пояснити, що такі, вочевидь, онтично різнорідні явища нерідко відображаються й позначаються одним і тим самим терміно-поняттям — «право»? Інакше кажучи, як можна пояснити, чому теоретик чи інша людина *вибирає* саме таке явище (а не якесь інше) і чому для інтелектуального відображення та позначення такого явища, знову ж таки, обирається саме зазначене терміно-поняття (а не якесь інше)?

У пошуках відповідей на наведені запитання можна зробити такий висновок: радше за все, згаданим явищам притаманна — щоправда, лише за певних умов — якась *однакова* властивість. І, на мій погляд, такою їх спільною властивістю є *здатність задовольняти життєво важливі потреби* (або ж інтереси, що зазвичай є усвідомлюваним відбиттям потреб) як окремих індивідів, так і їхніх груп, а почасти усього суспільства.

Утім у суспільстві соціально неоднорідному (а іншого нині ніде немає й у майбутньому навряд чи виникне) поряд із потребами справді загальносоціальними неминуче існують потреби (інтереси) групові та індивідуальні. Останні їх види обумовлені його закономірним поділом на різні частини: нації, соціально-економічні класи, професійні верстви, ідеологічні, зокрема релігійні угруповання та ін. Дається взнаки, звичайно ж, і біологічний поділ людей (віковий, статевий). І тому цілком природним видається те, що кожна з таких частин суспільства (в особі її індивідуальних чи колективних представників) воліє вважати «*правом*» (тобто явищем *правильним, справедливим, праведним, виправданим, правомірним*) насамперед той феномен, котрий полегшує, а не ускладнює її існування, життєдіяльність, розвиток, тобто котрий сприяє, а не перешкоджає задоволенню її потреб (інтересів). І ось такі — власне, «потребові» — причини нерідко стають, гадаю, більш впливовими, більш дієвими, ніж якісь інші чинники (зокрема, гносеологічні). Вони-то й зумовлюють *глибинно* — чи то безпосередньо, чи то опосередковано, начебто завуальовано, причому не тільки усвідомлено, а й навіть інтуїтивно — *вибір* тими чи іншими суб'єктами того феномену, який останніми й вважатиметься «*правом*».

Тому є підстави зробити висновок, що розбіжності у людських потребах, у засобах та рівнях їх задоволення становлять фундаментальну, визначальну причину плюралізму праворозуміння, причину неоднозначного смислонаповнення терміно-поняття «*право*». З огляду саме на цю обставину і видалося виправданим покласти в основу інтерпретації феномену праворозуміння такий концептуальний підхід, який свого часу мною було названо «*потребовим*» [1]. Згадка

про такий підхід, зауважу, згодом почала зустрічатися і в інших наукових та й навчальних працях [2; 3].

А ось те праворозуміння, яке обумовлюється саме таким підходом, минулого року мені вдалося обґрунтованим назвати, відповідно, потребовим [4, с. 156–157; 5, с. 240–241].

Основні положення потребового праворозуміння. У його основу покладено уявлення, згідно з яким тією *спільною* властивістю субстанційно різних явищ (які, проте, «чомусь» відображаються одним і тим самим терміно-поняттям — «право») є те, що всі вони виявляються, так чи інакше, *корисними* (тобто можуть послужити засобами) для задоволення матеріальних та інших важливих потреб людей, їхніх груп, об'єднань, а в якихось випадках — потреб усього суспільства. Натомість ті явища, котрі здатні, навпаки, гальмувати, ускладнювати задоволення потреб тих чи інших суб'єктів, останніми навряд чи будуть кваліфікуватися, оцінюватися (як свідчить минула і нинішня соціальна практика) в ролі саме *права*. (Звідси, до речі, стає зрозумілим, чому і держави, їхні органи влади воліють — у, можна сказати, ідеолого-забезпечувальних, агітаційно-пропагандистських цілях — іменувати свої формально-обов'язкові настанови, приписи саме «правом», прагнучи переконати їх адресатів у справедливості, виправданості своїх волевиявлень.)

Отож, квінтесенція потребового праворозуміння може бути представлена такою дефініцією: **право** — це обумовлені рівнем розвиненості суспільства можливості людини (чи групи людей) отримувати та використовувати засоби, необхідні для задоволення її біологічно і соціально обґрунтованих — у конкретно-історичних умовах — потреб існування й розвитку і забезпечувані соціальними обов'язками інших суб'єктів.

Оскільки такі можливості, з одного боку, становлять «приналежність» їхнього носія, органічно вплітаються у спосіб його буття, остільки вони утворюють суб'єктивну сторону дефініційованого феномену.

З другого ж боку, цьому феномену водночас притаманна й низка ознак об'єктивності. Вони полягають, зокрема, у тому, що: а) соціальні засоби задоволення потреб перебувають поза відповідним суб'єктом: першопочатково він ними не володіє; б) ці можливості належать суб'єкту навіть незалежно від того, чи усвідомив він їх; в) певна значущість таких можливостей (зокрема, їх корисність, цінність) у задоволенні людських потреб — індивідуальних, групових, загальносоціальних — є, стосовно їх носіїв, теж фактом об'єктивним (який, втім, може усвідомлюватися не завжди адекватно).

Неважко помітити, що стисло схарактеризоване тут потребове праворозуміння належить до соціолого-позитивістського типу праворозуміння, а точніше — до соціально-антропологічного різновиду останнього (причому, і про це слід зазначити цілком відверто, в його *історико-матеріалістичній* інтерпретації).

Утім нещодавно в одній із сучасних вітчизняних філософсько-правових монографій розроблюваний мною потребовий підхід було віднесено до доктрини природного права [6, с. 737–756]. Проте (як слушно зазначив рецензент цієї праці [7, с. 393]), якщо мною іноді й використовувалося формулювання «соціально-природне право», то термін «природне» вживався тоді зазвичай у сенсі *закономірний, нормальний, неминучий*, але не як трансцендентний, позадосвідний, надпозитивний.

Потребові мотиви у праворозумінні Страсбурзького суду. Декілька років тому мені видалося доречним дослідити практику застосування Європейським судом з прав людини (далі — Суд) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) під таким кутом зору: яке явище цей Суд вважає *правом*, вирізнівши низку тих онтичних властивостей, які, на його думку, конституують *правовість* цього явища.

І ось виявилось, що таким явищем Суд зазвичай вважає *можливості задовольняти певні потреби та інтереси насамперед людини*, а також окремих людських спільнот, об'єднань та й, зрештою, суспільства в цілому¹. Майже в усіх рішеннях Суду йдеться про інтереси особи, приватні інтереси (скажімо, інтереси дитини, батьків), інтереси групи, інтереси суспільства. А усвідомлені інтереси, як відомо, є, так чи інакше, відображенням потреб. Причому йдеться — наголосимо на цьому особливо! — про потреби не тільки матеріальні, а й духовні та соціальні.

До правоконститууючих властивостей цього явища Суд відносить такі:

– зазначені можливості зумовлюються як біологічними властивостями індивіда (його віком, станом здоров'я, рівнем фізичного розвитку тощо), так і соціальними (зокрема, рівнем його особистісної зрілості, інтелектуального розвитку)²;

– такі можливості мають бути конкретними і справжніми (реальними), практично здійсненними³;

– вони мають з'ясуватися стосовно саме тієї унікальної ситуації, в якій опинився заявник. Суд постійно наголошує на необхідності зважати на специфічність, неповторність конкретної ситуації у різних державах, якщо вирішується питання про те, дотримано певне право або порушено, чи у конкретній ситуації «поведінка» держави-відповідача є правомірною або ж, навпаки, неправомірною⁴;

– складові показники такої ситуації мають включати, зокрема, власне суб'єктивні, суто індивідуальні психічні особливості людини, — скажімо, такі як здатність розуміти зміст і вимоги закону, рівень її психічного розвитку, характер психічної реакції на діяння інших⁵;

– необхідність брати до уваги (окрім, можна сказати, особистісної ситуативності) також і ситуативність *соціальну*. Найбільш рельєфно це виявляється тоді, коли Суд наголошує на вимозі тлумачити і застосовувати Конвенцію обов'язково у світлі *актуальних умов сьогодення*, тобто таких умов, що існують якраз на момент розгляду відповідної справи⁶;

– як наслідок (оскільки будь-які ситуації постійно трансформуються, «рухаються»), *конкретна* інтерпретація змісту й обсягу можливостей, на думку

¹ Рішення Суду у справах «Backley», «Bouchelkia», «Camenrind», «Ceylan», «Chapman», «Dudgeon», «Handysise», «Iankowski», «Jonstone», «Khalfaoui», «Lingens», «Olsson», «Rees», «Rekvenyi», «Serif», «Vogt», «Wingrove», «Games», «Gaskin».

² Рішення Суду у справах «Costello Roberts», «Crus Varac», «Kulda», «Nsona», «Soering», «Tekin», «Vilvarajah».

³ Рішення Суду у справах «Airey», «Allenet de Ribemont», «Coéme», «Vasilescu», «Waite and Kennedy».

⁴ Рішення Суду у справах «Cossey», «Lopes Ostra», «Ozgür Günden», «Rees».

⁵ Рішення Суду у справі «Campbell and Cosans».

⁶ Рішення Суду у справах «Cossey», «Stafford».

Суду, не може бути застиглою, незмінно формалізованою; навпаки: вона — у певному сенсі — здатна набувати певної релятивності. Звідси час від часу у Суду виникає потреба вдаватися, використовуючи «динамічний та еволюційний підходи»¹, до *розвитку* праворозуміння через інтерпретацію ним положень Конвенції, а іноді навіть і до їх, так би мовити, «добудови». Суд виходить із того, що «завжди буде існувати необхідність у пристосуванні загальних положень Конвенції до змінюваних обставин»² — причому навіть за посередництва формулювання такого права, «яке текстуально не закріплене у Конвенції»³;

– нарешті, здатність задовольняти потреби та інтереси людини має бути «справедливо збалансованою» з можливостями задоволення потреб інших осіб, інших суб'єктів соціуму, суспільства в цілому. Досягнення такого балансу Суд вважає основною метою, покликанням усього конвенційного механізму правозахисту. При цьому, зіставляючи, «співвимірюючи» різноманітні інтереси, Суд свідомий того, що вони часто-густо не збігаються, навіть суперечать, конфліктують між собою⁴. І нерідко він відверто мотивує, саме з яких підстав «схиляє баланс» на користь лише *певних* суб'єктів, тобто пояснює, чому інтереси *певних* осіб мають — на його погляд — «отримати гору», «дістати перевагу» над інтересами інших⁵.

Фіксуючи усі зазначені щойно властивості досліджуваного явища у дефініції відповідного терміно-поняття, можна резюмувати таке. Згідно з праворозумінням Суду право — це *об'єктивно зумовлені біологічними та соціальними факторами конкретні й реальні можливості задоволення потреб (інтересів) людини чи людських об'єднань, справедливо збалансовані з можливостями задоволення потреб (інтересів) інших суб'єктів та й усього суспільства*.

Отож, якщо зважати на той визначальний соціально-філософський концептуальний підхід, що на ньому ґрунтується наведена інтерпретація, то таке праворозуміння можна вважати інструментально-потребовим. А оскільки йдеться про потреби людські, потреби людей, то воно є водночас і засадничо-антропологічним.

Евристичні можливості потребового праворозуміння. Принаймні три з них схарактеризуємо далі.

По-перше, воно дозволяє пояснити історичну принципову нездоланність змістовної *плюралістичності* праворозуміння навіть у межах одного суспільства (а тим більше — у різних правових системах чи в їхніх «сім'ях») — причому не тільки в минулому, а й у сучасності та, гадаю, у майбутньому.

Що ж до останнього, так би мовити, «футурологічного» питання — чи вдасться коли-небудь досягти однозначного праворозуміння? — то з-поміж відповідей на нього зустрічаються, як відомо, навіть протилежні, взаємовиключні. Одні науковці схильні відповідати на це запитання ствердно (особливо прихильники так званого інтегрального праворозуміння), а інші — заперечливо.

Я поділяю другий підхід. І ось чому.

¹ Рішення Суду у справах «Christine Goodwine», «Stafford».

² Рішення Суду у справі «Streletz, Kessler and Krenz».

³ Рішення Суду у справах «Beyeler», «Cardoso Coca», «Chapman», «Chassagnou».

⁴ Рішення Суду у справах «Boujlifa», «Buckley», «Elsholz», «Scozzariet Giunta».

⁵ Рішення Суду у справах «Boujlifa», «Buckley», «Elsholz», «Scozzariet Giunta».

Оскільки існування будь-якого людського суспільства супроводжує і, цілком імовірно, вже завжди буде супроводжувати його соціальна неоднорідність, то плюралізм праворозуміння й надалі залишатиметься притаманним будь-чий будь-якій правовій свідомості, включаючи й такий її різновид, як юридична наука. І хоча в ній, особливо останнім часом, почастишали спроби сконструювати уніфіковане, «інтегральне» праворозуміння, однак і з-поміж його прихильників воно не стає загально визнаним і однозначним. Принаймні на сьогодні стосовно обговорюваної проблеми чітко простежується, можна сказати, *плюралізм інтегральності*.

Водночас слід мати на увазі, що всередині кожного з традиційних, «класичних» типів праворозуміння — позитивістського (включаючи його чи то легістський, чи то соціологічний, чи то психологічний варіанти) і непозитивістського (зокрема, так званого «природного») — цілком можливі й нерідко подаються плюралістичні інтерпретації на основі долучення до «стрижня» кожного з них тих або інших додаткових ознак. (При цьому в логіко-граматичній структурі відповідних дефініцій загального поняття права такий «стрижень» фіксується іменником, а його начебто суттєві ознаки — прикметником.) Інакше кажучи, *у рамках* кожного з двох основних типів праворозуміння така «інтегральність» культивується досить часто. Але насправді вона такою не є, оскільки смисловий «стрижень» відповідної дефініції (іменник) все одно залишатиметься або позитивістським, або ж, навпаки, непозитивістським. Отже, смислова плюралістичність, диверсифікованість загального праворозуміння була, є й, вважаю, завжди залишатиметься його нездоланною, непереможною властивістю. І саме потребове праворозуміння дозволяє пояснити таку ситуацію достатньо переконливо.

По-друге, розглядуване праворозуміння, орієнтуючи на знаходження *носіїв* тих потреб, задоволення яких опосередковується за допомогою феномену, що позначається терміно-поняттям «право», сприяє виявленню *соціальної сутності* цього явища (а не її замовчуванню, маскуванню, спотворенню) і завдяки цьому — попередженню маніпулювання інтерпретаціями гранично абстрактних оціночно-правових понять, оскільки останні (як доведено герменевтикою) об'єктивно здатні слугувати знаками, образно кажучи, «вішками» різних — навіть взаємовиключних — смислів.

Адже з давніх-давен відомо, що кожному феномену завжди притаманні *сутність* і *явище* (явленість). При цьому «явленість», тобто зовнішня форма (оболонка) феномену, та його сутність зазвичай не збігаються.

Осягнення, збагнення сутності тих феноменів, які становлять предмет науки, є її найголовнішою, домінантною функцією. Теорія чи концепція, котра її не виконує, навряд чи може заслуговувати на статус *наукової*.

Це, вочевидь, стосується й тих феноменів, які у соціально-політичній, зокрема державно-юридичній, практиці та й у юридичній науці вважаються *правовими*.

Та перш ніж розглядати питання про сутність чи то природно-правових, чи то державно-юридичних явищ, потрібно передусім чітко визначитися з інтерпретацією *загального поняття сутності соціальних явищ* (адже стосовно цього можуть існувати — та й, справді, існують — неоднакові погляди). Свого часу мені вже доводилося пропонувати таку дефініцію цього поняття: ***соціальна сутність явищ*** — *це їх здатність слугувати засобом задоволення потреб (інте-*

ресів) тих чи інших суб'єктів суспільств [8, с. 84]. І нині — майже через 20 років по тому — серйозних підстав відмовлятися від цього положення не вбачається.

Тому — з огляду на зазначену щойно інтерпретацію соціальної сутності правових (та й державних) явищ — є підстави стверджувати, що потребове праворозуміння є найбільш надійним концептуальним фундаментом для її з'ясування.

Цим і зумовлюються місце та роль потребового підходу в усій системі різноманітних підходів і дослідницьких методів, які використовуються задля вивчення яких би то не було соціальних явищ, котрі вважаються «правовими». Цей підхід, з одного боку, не може абсолютизуватися, гіпертрофуватися, оскільки він (як і будь-який інший підхід) має об'єктивні межі застосовуваності, а тому не підмінює й не витісняє інші дослідницькі підходи та методи. Проте, з другого боку, останні значно втрачатимуть свою евристичність, наукову ефективність, якщо залишаться невідомою, прихованою або ж спотвореною сутність тих явищ, котрі є об'єктом вивчення, тобто якщо застосування інакших підходів і методів не спиратиметься на знання цієї сутності.

Реалізація потребового підходу у виявленні соціальної сутності правових (а також державних) явищ пов'язана з вирішенням таких завдань.

Насамперед слід досягнути загальне розуміння потреб різних суб'єктів суспільства (що вимагає, зокрема, з'ясування співвідношення цих потреб із такими суміжними, «спорідненими» явищами, як інтереси, мотиви, цілі суб'єктів). А потім необхідно виокремити основні різновиди таких потреб, зважаючи на їх певну екзистенційну значущість (яка має відобразитися відповідною класифікацією останніх).

Далі потрібно встановити: а) потреби яких саме суб'єктів (тобто чиї потреби — чи то окремих індивідів, чи то певних їхніх спільнот, об'єднань, чи то суспільства в цілому) задовольняє досліджуваний феномен та б) які ж саме види таких потреб він задовольняє.

Нарешті — і це, мабуть, є найважливішим — слід з'ясувати, чи здатний досліджуваний «правовий» (або державний) феномен бути засобом, інструментом задоволення певних потреб. А якщо здатний, то якою мірою: зокрема, з'ясувати, чи він є лише одним із таких засобів, чи ж засобом єдиним (у разі ствердної відповіді на останнє запитання, відповідні потреби можна буде, гадаю, вважати *правовими* чи державно-юридичними).

Застосування потребового підходу для виявлення соціальної сутності об'єктивного юридичного права відчутно полегшується, якщо в самому законодавстві текстуально задекларовується: заради задоволення, власне, чиїх та яких потреб встановлено певні юридичні норми.

Проведений мною разом із молодшою колегою — магістром юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка А. Наконечною — під таким кутом зору аналіз Конституції України та низки чинних українських кодексів виявив таке.

В Основному Законі України терміно-поняття «потреби» вживається у п'яти статтях (де згадуються, зокрема, потреби мовні (ст. 12), потреби громадян (ст. 41), потреби соціального захисту (ст. 47)). Цивільний кодекс України вміщує це терміно-поняття у сімнадцяти статтях (в яких йдеться, зокрема, про потреби особисті (ст. 865), побутові (ст. 31), власників квартир (ст. 382), у матеріальному забезпеченні та догляді (ст. 749)). У Сімейному кодексі України тер-

міно-поняття «потреби» фіксується у п'яти статтях (де мовиться, зокрема, про потреби дитини (статті 97, 188), у матеріальній допомозі (ст. 199)). У Господарському кодексі України воно включено до вісімнадцяти статей (в яких згадуються, скажімо, потреби громадян (ст. 39), потреби особисті (ст. 62), господарські потреби учасників асоціації (статті 120, 152)). У Житловому кодексі України розглядуване терміно-поняття використано у дев'яти статтях (де зазначаються, зокрема, потреби побутові (статті 4, 186), потреби у поліпшенні житлових умов (статті 35, 54, 59)). У Земельному кодексі України його вміщують двадцять вісім статей; у Водному кодексі України — двадцять п'ять; у Господарському процесуальному кодексі України — дванадцять; у Митному кодексі України — одинадцять; у Кодексі законів про працю України — десять; у Цивільному процесуальному кодексі України та Кодексі про надра України — по вісім; у Лісовому кодексі України — п'ять; у Кодексі України про адміністративні правопорушення — чотири; у Кримінальному кодексі України — три; у Податковому кодексі України — сім. Загалом же в усіх цих законах терміно-поняття «потреби» вжито 176 разів!

До цього варто також додати ще й випадки застосування у кодифікованому законодавстві України терміно-поняття «інтерес». Адже останній є зазвичай, як зазначалося, не чим іншим, як усвідомленням певними суб'єктами їхніх потреб. Текстовий аналіз усіх зазначених вище законів виявив, що це терміно-поняття зустрічається в них понад 160 разів.

Така законодавча стилістика, безперечно, полегшує реалізацію потребового дослідницького підходу задля виявлення соціальної сутності законодавства — причому не тільки у теоретичній юриспруденції, а й у практичній.

По-третє, досліджуване праворозуміння дозволяє виявити й пояснити — з огляду на неминучі природно-історичні зміни людських потреб — *змістовний динамізм* низки концепцій права (насамперед концепцій соціолого-позитивістських). Такі зміни торкаються як змісту й обсягу потреб, так і соціальних засобів їх задоволення.

У зв'язку з цим зауважу, що в науковій літературі нещодавно було запропоновано виокремити у самостійний варіант праворозуміння так зване «динамічне»¹ [9, с. 5]. На мій же погляд, така пропозиція навряд чи є слушною. Адже змістова змінюваність, трансформаційність органічно притаманна декільком досить відомим різновидам праворозуміння — як «класичним» (наприклад, концепціям «природного права зі змінним змістом» Р. Штамлера, «живого» права Є. Ерліха, «психологічного» права Л. Петражицького), так і неокласичним (екзистенціалістським, комунікативним, герменевтичним, «темпорально-онтологічним» тощо). Та й навіть із позицій легістсько-позитивістського праворозуміння у процесі правозастосування реальний зміст застосовуваної норми (тобто зміст права) конституюється лише за посередництвом її тлумачення, тобто смислонаповнення її тексту свідомістю реципієнта-інтерпретатора. А таке тлумачення-з'ясування не може бути цілком елімінованим, абстрагованим, «очищеним» від тих конкретних соціальних і природних умов, ситуацій, які

¹ Прикметним видається те, що і сам автор цієї ідеї все ж згодом уточнив, що термін «динамічне» тут не покликаний вказувати на наявність якоїсь нової єдиної «школи», а являє собою лише маркування тих онтологічних і методологічних передумов, які є загальними для більшості зі згадуваних ним «некласичних» (у тому числі постмодерністських) варіантів методологій суспільствознавства, включаючи й правознавство [7, с. 12].

йому передували, або його супроводжували, або ж очікувалися його автором у майбутньому. Тому-то і з позицій такого праворозуміння *змістовна* відповідь на запитання — яка поведінка, яка діяльність, врегульована державно-юридичним приписом, вважається в конкретній ситуації правомірною? — не може лишатися навічно незмінною, «нерухомою» [10].

Одне слово, жоден варіант праворозуміння не виключає, в принципі, деякої динамічності. Так ось праворозуміння потребує належить, вважаю, до таких із них, які пояснюють її через *об'єктивно* існуючі соціально-антропні фактори, чинники.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Рабинович П. М. Социалистическое право как ценность / П. М. Рабинович. — 2-е изд. — Львов, 1985; Одесса, 2006.
2. *Загальна* теорія держави і права. — Х., 2009.
3. *Общетеоретическая* юриспруденція : учеб. курс. — Одесса, 2011.
4. Рабинович П. Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння) / П. Рабинович // *Філософія права і загальна теорія права*. — 2013. — № 1.
5. Рабинович П. Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння) / П. Рабинович // *Право України*. — 2013. — № 7.
6. Гаврилюк Р. *Методологическая традиция доктрины естественного права* : монография / Р. Гаврилюк. — Черновцы, 2013. — 778 с.
7. *Стовба* О. Природне праворозуміння: до відновлення методологічної традиції / О. Стовба // *Філософія права і загальна теорія права*. — 2013. — № 2.
8. Рабинович П. М. *Методология права: проблемы плюрализации* / П. М. Рабинович // *Вісн. Акад. прав. наук України*. — 1995. — № 3.
9. *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. — Харьков, 2013.
10. Гончаров В. В. *Динамічне тлумачення юридичних норм* / В. В. Гончаров // *Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування НАПрН України* / редкол. : П. М. Рабинович (голов. ред.) та ін. — Л., 2013. — Серія I : Дослідження та реферати. — Вип. 27. — 252 с.

Рабинович П. М. Праворозуміння: потреба інтерпретація

Анотація. У статті охарактеризовується авторська концепція потребового праворозуміння, котра базується на засадах історико-матеріалістичної соціальної філософії. В основу цієї концепції покладено так званий потребовий дослідницький підхід. Згідно з означеним праворозумінням право — це обумовлені рівнем розвиненості суспільства можливості людини (чи групи людей) отримувати та використовувати засоби, необхідні для задоволення її біологічно і соціально обґрунтованих — у конкретно-історичних умовах — потреб існування й розвитку і забезпечувані соціальними обов'язками інших суб'єктів. До обґрунтування такого праворозуміння залучені матеріали практики Європейського суду з прав людини із застосування ним Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Також висвітлюються пізнавально-пояснювальні можливості потребового праворозуміння в обґрунтуванні принципової нездоланності змістовного плюралізму праворозуміння і певного змістовного динамізму майже кожного з них, а також у виявленні соціальної сутності тих різноманітних явищ, котрі в юридичній науці, та й у державно-юридичній регулятивній практиці, відображаються за посередництвом термінопоняття «право».

Ключові слова: праворозуміння, потребує праворозуміння, потребовий дослідницький підхід, соціальна сутність права, змістовний плюралізм праворозуміння, змістовний динамізм праворозуміння.

Рабинович П. М. Правопонимание: потребностная интерпретация

Аннотация. В статье характеризуется авторская концепция потребностного правовопонимания, базирующаяся на историко-материалистической социальной философии. В основу этой концепции положен так называемый потребностный исследовательский подход. Согласно указанному правовопониманию право — это обусловленные уровнем развитости общества возможности человека (или группы людей) получать и использовать средства, необходимые для удовлетворения его биологически и социально обоснованных — в конкретно-исторических условиях — потребностей существования и развития и обеспечиваемые социальными обязанностями других субъектов. К обоснованию такого правовопонимания привлечены материалы практики Европейского суда по правам человека по применению им Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Также раскрываются познавательные-объяснительные возможности потребностного правовопонимания в обосновании принципиальной неустранимости содержательного плюрализма правовопониманий и определенного содержательного динамизма почти каждого из них, а также в обнаружении социальной сущности тех различных явлений, которые в юридической науке, да и в государственно-юридической регулятивной практике, отображаются посредством термино-понятия «право».

Ключевые слова: правовопонимание, потребностное правовопонимание, потребностный исследовательский подход, социальная сущность права, плюрализм правовопониманий, содержательный динамизм правовопониманий.

Rabinovych P. Understanding of Law: Needs Oriented Interpretation

Summary. The article develops author's conception of needs-oriented understanding of Law, based on the historical materialistic social philosophy. In the foundation of this conception the so called needs-oriented research approach is placed. According to it the Law is possibilities of a human (groups of humans), determined by the level of the development of society, to acquire and to use means, needed to satisfy his biological and socially reasoned — in certain historical circumstances — needs of existence and development, that are guaranteed by social obligations of other persons. To justify this understanding author appeals to the practice of application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the European Court of Human Rights. There are also being disclosed the heuristic and justifying abilities of needs-oriented understanding of Law towards explaining the irremovability of inner pluralism of understandings of Law and certain essential dynamism in almost any of them, and also in disclosing the social essence of the social phenomena that are designated in both legal science and state legal practice by the term «law».

Key words: understanding of law, needs-oriented understanding of law, needs-oriented research approach, social essence of law, pluralism of understandings of law, essential dynamism of understandings of law.

ІНСТРУМЕНТАЛЬНЕ РОЗУМІННЯ ПРАВА В КОНТЕКСТІ СУБ'ЄКТНОГО ПІДХОДУ: ЩОДО ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ МЕТОДОЛОГІЧНИХ СТРАТЕГІЙ¹

С. КАЛІНІН
*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри теорії
та історії держави і права
(Білоруський державний університет)*



Сучасна методологічна ситуація у загальнотеоретичній юриспруденції характеризується такими важливими тенденціями, як відмова від догматизму марксистсько-ленінської парадигми, методологічний плюралізм та активне запозичення методологічних підходів із інших галузей знання. При цьому акцент на регулятивній ролі права актуалізує значущість методологічних підходів «середнього рівня» (спеціальних теорій пізнання), які не претендують на вирішення «основних питань права», проте адекватно аналізують правову дійсність, що також породжує важливість співвідношення спеціальних теорій пізнання між собою та уточнення їх пізнавального потенціалу.

Одним із малозастосовуваних у юриспруденції сучасних гуманітарних методологічних підходів слід вважати суб'єктний підхід, сутність якого полягає у використанні характеристик суб'єкта як методологічного принципу пізнання. При цьому важливо розрізнити, що: 1) суб'єкт та його буття належать до предмета будь-якої науки і можуть досліджуватися різними методами та 2) пізнання буття суб'єкта й осмислення ним реального світу може здійснюватися на підставі якостей самого суб'єкта. Другий аспект і дозволяє говорити про *суб'єктний (суб'єктно-орієнтований) підхід* (тут і далі курсив наш. — С. К.).

Поява суб'єктного підходу невіддільна від розвитку науки та філософського осмислення її підстав, а також суперечностей між потребами соціального управління і класичною науковою парадигмою, що надає такому підходу невідчужуваної якості міждисциплінарності. Це дозволило В. Лепському обґрунтовано вирізнити *класичну, некласичну та постнекласичну парадигми управління*, які корелюють з етапами розвитку науки [28]. У межах класичної науки, заснованої на парадигмі «суб'єкт, що пізнає (такий, що управляє), — об'єкт, що пізнається (такий, яким управляють)», а також на принципах раціоналізму й об'єктивної

¹ Переклад з російської Ю. Разметаєвої.

істини, суб'єктний підхід не міг виникнути. Первинним та вихідним суб'єктом у механізмі класичної науки визнавалася людина (індивід), але не як носій певної культури, а як філософська абстракція. У результаті панувало розуміння суспільства і держави як вторинних, похідних і тому здебільшого штучних об'єктів.

Постановка в межах неklasичної парадигми питання розрізнення способів пізнання об'єктивної реальності уможливила вивчення між-(інтер-)суб'єктних комунікацій, породжуючи уявлення про множинність суб'єктів (*полісуб'єктність*) і зв'язки суб'єкта (суб'єктів) з реальністю, що ним пізнається. Як результат суб'єкт став (само-)визначатися через взаємодію з іншими суб'єктами, що включає ідеальні моделі (громадянин і т. д.).

Знаходження суб'єктів у між-(інтер-)суб'єктній взаємодії артикулювало два типи такої взаємодії: 1) реальний та ідеальний і 2) індивідуальний та колективний суб'єкти. У першому випадку, що притаманний класичній науці, відбувається створення певних конструкцій, які дозволяють оцінювати реальні суб'єкти з формально-правового боку (склад злочину, юридична особа тощо). У другому випадку описується взаємодія частини (індивід) і цілого (колективний суб'єкт), що дозволило визнати за колективним суб'єктом можливість самостійного буття та логіки розвитку, розглядаючи його як первинний стосовно індивіда. Це викликало нерозв'язувану в рамках класичної і неklasичної парадигм суперечність пріоритету особистого та соціального.

Постнеklasична парадигма стала осмислювати здатність складних систем до саморегулювання, самоорганізації та саморозвитку, що надають системам якостей унікальності й історико-просторової детермінованості. У результаті було розширено парадигму «суб'єкт-суб'єкт», коли суб'єкт (за логікою В. Лепського — той, що управляє) не тільки набуває якості самоорганізації, а й протиставляється *полісуб'єктному*, такому, що саморозвивається, середовищу, а також зазнає нестійких зовнішніх хаотичних впливів.

Таким чином, постнеklasична парадигма дозволила інакше розглядати суб'єкт, надаючи його якостей складним системам, що саморегулюються, самоорганізуються та саморозвиваються, володіють здатністю до цілепокладання, а також активного перетворення й упорядкування об'єктивної реальності, яка визначає параметри буття суб'єкта. Таким може бути лише колективний суб'єкт, що існує у вигляді соціальної системи, яка саморозвивається і не зводиться до сукупності осіб, що її складають [27, с. 278–280], володіє свободою, цілеспрямованістю, здатністю до саморефлексії, розвитку і буття щодо непередбачувано змінюваного середовища [41, с. 10].

Основним елементом суб'єктного підходу є *суб'єкт*, що володіє якістю *суб'єктності*, тобто здатністю до саморефлексії, саморозвитку, осмислення й перетворення в ході цілеспрямованої діяльності об'єктивної реальності, що не зводиться до жорсткого детермінізму. До основних ознак суб'єктного підходу в цілому слід віднести такі: розгляд суб'єкта як головного системоутворюючого чинника реальності; легалізація сформованих суб'єктних реальностей посередництвом рефлексії та усвідомлення себе у змінюваному світі; принцип подвійного суб'єкта та мережева організація знань; взаємоузгодженість методологічних моделей як критерій науковості; відкрита комунікативна раціональність; орієнтація на динамічні конфігуратори дослідницьких контекстів; міждисциплінарний дискурс [28, с. 102].

Цілеспрямованість суб'єкта на взаємодію з іншими різнорівневими суб'єктами та перетворення об'єктивної реальності дозволяє говорити про якість такого впливу і використання суб'єктом певних *інструментів* впливу на реальність, одним з яких виступає право. Це дозволяє висунути гіпотезу про *взаємодію* суб'єктного й інструментального підходів у юриспруденції.

При осмисленні інструментального підходу у правознавстві слід урахувувати такі обставини. По-перше, інструментальність права виступає його аксіоматично невід'ємною якістю, яка пов'язана з регулятивною функцією права. По-друге, виділення інструментального підходу як напряму розуміння права відбувається лише на певних етапах розвитку юриспруденції, що розрізняються стосовно конкретних історичних умов, правових сімей та традицій. Тому при аналізі такого підходу об'єктивно вимагається ретроспективне висвітлення його генези із зазначенням місця й ролі в системі правової методології. Інструментальне розуміння права в силу схожості поглядів на регулятивно-інструментальну сутність права властиве всім правовим сім'ям [14]. Тому сутністю і принципом інструментального підходу є розуміння здатності права, як цілого, так і його окремих елементів, виступати засобом досягнення певних цілей, що само по собі є однією з його суттєвих властивостей [48, с. 16].

Джерелами інструментального підходу виступають аналітична юриспруденція як перша власне юридична спеціальна теорія пізнання і тлумачення правових текстів та утилітаризм, котрі через позитивізм, лібералізм й історичну школу права трансформувалися в юридичний позитивізм. Також інструментальний підхід органічно пов'язаний із соціолого-правовою концепцією Р. фон Єринга, який зв'язав право з метою і способами її досягнення (боротьба за право) [18].

У американській юриспруденції інструментальний підхід виходить із філософської ідеї прагматизму, в межах якої були озвучені інструментальні ідеї (Ч. С. Пірс (*Charles Sanders Pierce*), В. Джемс (*William James*), Дж. Папіні (*Giovanni Papini*), Дж. Дьюї (*John Dewey*)) [33], та соціолого-правової парадигми. У рамках останньої Р. Паунд (*Roscoe Pound*) застосував термін «прагматичний інструменталізм» до аналізу правової дійсності. Це дозволило, розглянувши право як інструмент соціального управління, ввести поняття «соціальна інженерія» («*social engineering*»), яке розкриває вплив фактичних інтересів; встановлює межі їх соціальної підтримки; визначає належні для забезпечення цих інтересів правові норми і механізми тощо. Одночасно держава за допомогою «соціальної інженерії», що реалізується шляхом законодавчої діяльності, адміністративного і судового процесів, прагне примирити конфліктуючі інтереси [2].

На думку Б. Таманаги (*Brian Z. Tamanaha*), ідеї інструментальної природи права могли оформитися в окрему теорію лише завдяки особливостям історичного і політико-правового розвитку США (право як результат діяльності суддів і захищений суддею інтерес) [4]. З одного боку, всі зобов'язані дотримуватися встановленого державою правового режиму верховенства права («*rule of law*»), використовуючи право, з другого боку — як інструмент для досягнення власних соціальних цілей [1; 3]. Отже, методологічно правовий інструменталізм розуміє право як засіб «соціальної інженерії», що служить управлінню суспільними відносинами, знаходженню балансу і примиренню конфліктів різного роду інтересів у соціумі. При цьому у другій половині ХХ ст. у США інструменталізм став розумітися як одна з рис прагматизму, що виявляється у процесі право-

застосування, вимагає врахування всієї інформації при прийнятті рішення по справі, а також передбачення соціальних наслідків його прийняття. Це надає такому підходу ситуативності, перспективності, заперечення будь-яких правових аксіом і переважного використання правозастосовними органами [19, с. 4–5].

У вітчизняній науці інструментальний підхід генетично впливає із методологічних засад соціологічної парадигми матеріалістичної діалектики, які на рівні права набули в основному догматично-позитивістського характеру. Інструментальність радянського праворозуміння 20–30-х рр. ХХ ст. проявилася у розгляді права як знаряддя диктатури пролетаріату, форми політики панівного класу і т. д. [26; 38, с. 26–27; 51, с. 58]. Такою ж спрямованістю відрізнялося й визначення права А. Вишинського [12, с. 10]. Це свідчить про тісний зв'язок інструментальності та суб'єктності, оскільки право (інструмент) покликане відобразити волю «радянського народу, керованого робочим класом на чолі з комуністичною партією» (полісуб'єктність).

По суті, витоком *власне* інструментального підходу в радянській і пост-радянській юриспруденції слід вважати ідею правового регулювання [11, с. 12; 6, с. 57], що обґрунтовано визнається його фундаментальною категорією. За цією логікою процес правового регулювання суспільних відносин уявляється загальним інтегрованим абстрактним об'єктом інструментальної теорії [8 с. 40; 48, с. 24]. Розвиток названої ідеї породив узагальнюючу категорію «механізм правового регулювання» [7] і привів до розгляду його окремих складно взаємопов'язаних елементів («правові засоби» [36; 42; 23; 13; 39; 45; 18], «правові цілі» («цілі у праві») [44; 26; 32], «правова політика» [31], «правове життя» [50], «юридична (правова) діяльність» [22; 54], «законні інтереси» [29; 52], «стимули й обмеження у праві» [30], «ефективність законодавства» [24] і т. д.). Таким чином, механізм правового регулювання, що виступив своєрідним системоутворюючим чинником, дозволив об'єднати взяті в цілепокладаючій і ціле-реалізованій динаміці елементи правової системи [47, с. 37–44], виробивши нові наукові категорії.

Кількісний розвиток таких ідей (часто лише на галузевому рівні) привів до *якості*, що вимагала позначення нового методологічного напрямку («інструментальний підхід»). Так, ідея правових засобів об'єктивно передбачала питання про цілі, що досягаються за їх допомогою, і, навпаки, постановка цілей потребувала вибору адекватних правових засобів. Указане дозволяє підтримувати позицію, що «до недавнього часу в юридичній науці дійсно існував інструментальний підхід до права... однак, не було скільки-небудь обґрунтованої, стрункої інструментальної теорії права, заснованої на виразній методології дослідження», а «інструментальний аналіз права... зупинився на стадії констатації факту, на визнанні аксіомою положення про те, що право є засобом державного управління» [55, с. 16–17]. У результаті В. Сапун висунув і обґрунтував методологічну ідею інструментальної теорії права, що дозволяє розглянути правову форму як специфічну систему юридичних засобів, які об'єднуються на окремих ділянках правового регулювання у своєрідні механізми і режими, що забезпечують ефективне вирішення різних соціальних завдань (теорія правових засобів) [46, с. 22]. Ця теорія, що володіє особливим понятійним апаратом і пізнавальними методиками, фактично є перспективною спеціальною науковою теорією, спрямованою на дослідження техніко-юридичної ролі права у забезпеченні життєдіяльності особистості та суспільства [49; 47, с. 178].

Одночасно інструментальна теорія у статусі спеціально-правової теорії досліджувалася С. Алексєєвим [9], який методологічно коректно розглядав розвиток правознавства від такої, що виходить з аналітичної юриспруденції, галузі знань прикладного характеру до однієї з необхідних ланок філософського осягнення світу. При цьому аналітична юриспруденція спочатку являла собою атомістичне опрацювання фрагментів правових реалій, перш за все текстів, шляхом наукових узагальнень і вироблення категоріального апарату. Тому загальна (аналітична) теорія права могла розвиватися лише «виносячи за дужки» спільне в галузевих науках. Однак ретельне опрацювання правового матеріалу привело до розширення предмета дослідження за рахунок створення нових об'єднуючих концепцій, які виходять із наукової розробки всього юридичного інструментарію, що дозволило іменувати нові підходи до права інструментальними [6, с. 11–14, 19–22, 76].

При цьому С. Алексєєв розрізняє два інструментальних підходи: *загально-теоретичний*, утворений розширенням предмета аналітичної юриспруденції, і *соціолого-правовий*, що включає ідеї «правового реалізму», «вільного права», «правового інструменталізму», які виникають в основному на ґрунті прецедентного права та входять до предмета дослідження неюридичного (метаюридичного) порядку. Як результат соціолого-правовий інструменталізм перестає належним чином орієнтуватися на специфіку права і ставиться до правової матерії як своєрідного явища соціальної дійсності [6, с. 76–77].

Згідно з С. Алексєєвим, інструментальний підхід у праві ґрунтується на таких положеннях: 1) усі багатоманітні правові явища виступають інструментами правової регуляції; 2) «інструментальна» фактура права виникає із визначеності, здатності упорядкування, подолання хаосу в соціальному житті як головної якості права; 3) інструментальне трактування права є вихідною основою для характеристики унікальних особливостей правової матерії. Це обґрунтовує буття двох рівнів — аналітичного та інструментального — загальної теорії права, кожен з яких не скасовує інший, виступаючи різними, неконкурентними, але такими, що виконують власні специфічні ролі, аспектами осмислення єдиної правової матерії в рамках єдиної загальної теорії права. Інструментальний підхід у цьому випадку утворює «юриспруденцію правової цілісності й одночасно синтезу, функцій, органічних зв'язків та інтегрованих утворень (механізм правового регулювання, типи регулювання тощо)», яка покликана «з опорою на якість визначеності права, на весь комплекс правових засобів висвітлювати більш глибокі пласти правової матерії (у зв'язку і в динаміці всіх її елементів), її специфічну логіку та особливості як інституційного утворення, її структуру, властивості, механізми, функціонування, напрями і типи правового впливу на життя суспільства» [6, с. 78–81, 87].

Вивчення інструментальних аспектів права актуалізує проблему взаємодії цього методологічного напрямку з іншими різнорівневими аспектами пізнання права. Стосовно взаємодії філософії права та інструментального підходу погляди схожі: відзначається тісне примикання загальної інструментальної теорії права до філософії права [6, с. 81–82], визнається, що інструментальна теорія права (теорія правових засобів), використовуючи методи догматичної юриспруденції, включає елементи філософського осмислення правової дійсності [47, с. 179–180]; вказується, що «інструментальний підхід дозволяє реалізувати утилітарність права, об'єднуючи догматизм і соціологію права» [53, с. 12, 35].

Це підтверджує факт формування подібних теорій середнього рівня в рамках різних методологічних напрямів, а також дозволяє розглянути інструментальні якості в логіці суб'єктного підходу. Також відзначимо коректне ставлення представників інструментального підходу до інших методологічних стратегій, пряму вказівку на необхідність ув'язування висновків інструментального підходу з іншими підходами до пізнання права [56, с. 174].

Розробка інструментального розуміння права обґрунтовано породила проблему його найменування. Інструментальний підхід і інструментальна теорія зазвичай використовуються як синоніми, лише С. Алексєєв вказує на існування загальної (інструментальної) теорії права. Однак відзначається більша коректність терміна «інструментальний підхід», оскільки інструментальна теорія права як цілісна і несуперечлива наукова концепція ще не сформована, у тому числі в силу дискусійності понятійного апарату [56, с. 167; 48; с. 24]. Також пропонується розглядати інструментальні прояви та якості права в межах *дослідницької програми* [56, с. 167].

Сучасне використання інструментального підходу має такі особливості. По-перше, посилення на його значущість для розгляду окремих аспектів інструментального буття права. По-друге, використання інструментального підходу і його категорій на (між-)галузевому рівні без їх узагальнюючого аналізу і часто без посилань на методологію дослідження. По-третє, теоретичний розвиток окремих категорій, що входять до інструментального підходу (найчастіше без посилань на методологію дослідження). Тому нами не охоплюються дослідження, які аксіоматично і неартикульовано використовують інструментальне прочитання права, але аналізуються роботи, які прямо вказують на цей метод або використовують його категоріальний апарат.

Інструментальну методологію в російській науці використовують С. Алексєєв [6–8], В. Сапун [46–49], О. Малько [29–32], Б. Пугінський [42–43], К. Шундіков [55–56], С. Філіппова [53] та ін., в Україні — О. Онуфрієнко [36], М. Афанасьєва [10], Т. Пашук [37]. Підхід активно пропагує журнал «Правова політика і правове життя» (Саратовська державна академія права). Активні дослідження в цій сфері веде наукова школа О. Малька («Стимули й обмеження у праві та правовій політиці») [30].

Інструментальне вивчення права в Білорусі, крім автора [19–21], здійснюють О. Єгоров, який обґрунтував ідею механізму правового запозичення, що виступає інструментом правової інтеграції [17], К. Гарбузова, яка висвітлила генезу інструменталізму і розглянула з його допомогою процеси вдосконалення національного законодавства [14–15]. Дослідження К. Гарбузової, яка визначила інструменталізм як «сукупність ідей, що узагальнено розглядають право як засіб (інструмент) соціального контролю та гармонізації інтересів, які стикаються, а також аналізують і обґрунтовують використання складного комплексу правових засобів — інструментів, призначених для досягнення конкретних цілей і завдань безпосереднього правового регулювання, вдосконалення структури та змісту права», мають важливе методологічне значення. Так, обґрунтовані ідеї виникнення подібних, незважаючи на особливості конкретних правових систем, теоретичних конструкцій різного змісту, залежного від обраних правових традицій, і різних способів формування єдиного терміна («інструментальний підхід»). Фактично проведений аналіз ідей філософського прагматизму і прагматичного інструменталізму в американській соціолого-правовій традиції,

а також інструментальних ідей у радянській юриспруденції, що впливають із марксистсько-ленінської філософської парадигми і спрямовані на вивчення правового регулювання, дозволив зробити висновок про схожість цих концепцій, незалежність їх розробки, яка впливає з інструментальної природи права [14, с. 4].

Таке, обумовлене уявною подібністю сутності феномену внаслідок подібності назви, парадигмальне перенесення інструментальної термінології, що склалася в американській філософії та юриспруденції (Х. Патнем (Hilary Whitehall Putnam), Дж. Дьюї, Р. Рорті (Richard McKay Rorty), Р. Паунд та ін.), на радянську (пострадянську) правову дійсність, використовували, зокрема, Т. Пашук і С. Філіппова. Т. Пашук прямо вказує на філософський інструменталізм як одну з філософсько-методологічних підстав дослідження та успішно застосовує ідеї інструментальної теорії права (теорії правових засобів) до засобів захисту прав людини. Цей автор вказує на філософську розробку інструментальних ідей під своєю назвою лише у філософському інструменталізмі (Дж. Дьюї, В. Джемс, Ч. Пірс) та соціологічній юриспруденції (Р. Паунд). При цьому правильно була визначена *інша* природа радянського інструменталізму (закон як інструмент політики), і з огляду на це Т. Пашук із виваженою критичністю спирається на праці радянських і пострадянських теоретиків, вказавши на схожість їх висновків з ідеями американських інструменталістів [37, с. 9–11].

С. Філіппова обрала інший підхід, трансформувавши висновки американських учених-прагматиків (Х. Патнем, Дж. Дьюї, В. Джемс, Р. Рорті) про необхідність заміни критеріїв наукової істини раціональною прийнятністю чи практичною корисністю на визнання людини метою приватноправової науки. Це дозволило автору в основному критикувати (не завжди обґрунтовано) інструментальні погляди, що склалися в пострадянській науці в силу ігнорування діяльності суб'єкта з досягнення мети як найважливішої риси інструменталізму, заснованого на оцінці ініціативного людського вибору [53, с. 21]. Вважаємо, що підхід К. Гарбузової та Т. Пашук більш виважений і обґрунтований, оскільки інше використання методологічних ідей різних соціокультурних систем є механістичним і не завжди повністю відображає суть проблеми.

Відкритість і детермінованість інструментального підходу досліджуванним об'єктом і цілями дослідника дозволяє автору висунути гіпотезу про можливість розгляду інструментального прочитання права як складової частини суб'єктного підходу. Схожі ідеї висловлювалися і раніше як другорядні. Так, система юридичних норм розглядалася як *інструмент державної влади*, який, у той же час, «упорядковує, обмежує і зв'язує діяльність її органів» [8, с. 348–349]; наголошувалися інструментальна цінність права, що виступає засобом забезпечення функціонування інститутів публічної влади, а також значення і функції правових механізмів у *вирішенні* певних завдань і проблем в інтересах особистості і всього суспільства [47, с. 178].

Однак вихід на суб'єктність було зроблено не через поняття «суб'єкт», тобто «парадигмальне щеплення», але через розширення об'єкта і предмета дослідження шляхом включення категорії «юридична (правова) діяльність» [22; 54], що здійснюється за допомогою механізмів правових засобів [47, с. 181], оскільки правові цілі і пропонувані правом можливості їх досягнення можуть втілюватися лише в реальній людській діяльності [53, с. 12, 35]. До дослідження діяльнос-

ті в інструментальній теорії права залучається і праксеологія (класична праксеологічна модель діяльності) як загальна теорія людської діяльності, що сформувалася передусім у межах економічної діяльності [34, с. 43–44]. У цьому випадку діяльність у сфері правового регулювання розуміється як активний вплив суб'єкта на об'єкт (предмет) правового регулювання, що здійснюється за допомогою правових засобів, заради досягнення цілей, які стоять перед суб'єктом, і вирішення конкретних завдань. Елементами діяльності є: суб'єкт діяльності в єдності з його цілями і завданнями; умови діяльності (соціальне середовище); правові засоби; процес діяльності з використанням правових засобів; об'єкт діяльності (об'єкт правового регулювання); результат діяльності, що відображає ефект використання правових засобів [48, с. 24–27]. Це відповідає тенденції підвищення значущості поведінкового аспекту в праві і ролі права в регулюванні поведінки як особливості соціологічного підходу.

Розширення предмета інструментального підходу дозволило включити ідеї діяльності та суб'єктності, які рано чи пізно мали виникнути. Це об'єктивно впливає з методологічної орієнтації інструментального підходу на вольову усвідомлену (суб'єктну) діяльність, на регулювання якої спрямоване право і в рамках якої норми сприймаються як право [47, с. 187]. Іншим способом включення означених ідей до інструментального підходу могло бути використання соціологічної концепції соціальної дії (М. Вебер, Т. Парсонс, П. Сорокін та ін.), що містить такі елементи соціальної дії (взаємодії): 1) суб'єкти (актори) взаємодії; 2) об'єкт (об'єкти) взаємодії; 3) ситуація, в якій здійснюється взаємодія; 4) акт (акти) взаємодії; 5) цілі, мотиви, цінності, інтереси і норми, що визначають сутність взаємодії; 6) засоби (інструменти) та методи взаємодії; 7) результат взаємодії. Подібних висновків, використовуючи праксеологічний підхід, дійшли В. Сапун і К. Шундіков [48, с. 24–27].

Суб'єктність в інструментальному підході перш за все виявляється у *виборі суб'єкта*, який і буде використовувати право як інструмент досягнення власних цілей. Первісно, з уявною наочністю такий вибір передбачає людину (*особистість, індивіда*), проте лише з урахуванням ідей полісуб'єктності та між-(інтер-)суб'єктної взаємодії, й інших суб'єктів. Вибір різних суб'єктів породжує різні за обсягом і застосованістю інструментальні підходи.

Перший шлях обрала С. Філіппова, яка виводить інструментальний підхід стосовно приватного права з діяльності *людини*, що дозволило визнати такі постулати інструментального підходу: 1) людина як основа всіх правових явищ; 2) наявність свідомості лише у людини; 3) рефлексивна здатність людини. При цьому зроблено серйозне застереження, що відображає малосприйнятливую юриспруденцією тенденцію методології взагалі, про сприйняття *віри* та *недовідність* названих постулатів (при певному емпіричному підтвердженні). Відсутність такої віри не дозволяє використовувати інструментальний підхід у науковому пошуку [53, с. 21, 39].

Остання теза («захисна гіпотеза» за І. Лакатосом) потребує уточнення: віра та переконання, благо й істина як підстави пізнання і суб'єктної діяльності належать до світоглядних підходів. Інструментальний же підхід мало залежить від світогляду. Також цим порушується такий критерій науковості теорії, як принципова можливість її фальсифікації (К. Поппер).

С. Філіппова правильно вказує, що введення людини (суб'єкта) до предмета дослідження дозволяє осмислити право як процес і результат людської діяль-

ності, вказати на його підпорядкування обраній меті, а також використовувати суб'єкт як підставу для виокремлення правових цілей і засобів [53, с. 22–23, 27–28]. На наш погляд, визнання індивідуальної людини вихідним цілепокладаючим суб'єктом, допустиме для потреб приватного права, не може бути повністю адекватним і в основному відповідає класичній парадигмі суб'єктного підходу. Це приховано визнається і С. Філіпповою, яка описує правову діяльність *групи осіб* як відкритої нерівноважної системи [53, с. 35], та стосується в основному *суб'єктів правозастосовної діяльності* при визнанні наявності і суб'єктів правотворчості. Таке прочитання інструментального підходу ґрунтується на взаємодії рівних суб'єктів, що властиве приватному праву. Вивчення ж взаємодії *нерівних* суб'єктів породжує інше прочитання, що включає публічно-правовий та загальноправовий вимір інструментального підходу. Введення до предмета дослідження суб'єктів, що здійснюють правове регулювання або *відчувають* на собі його вплив, по суті, дозволяє пов'язати інструментальний підхід із розумінням права як управлінського рішення, які розглядаються нами як різні аспекти суб'єктного підходу до права.

Основою суб'єктного підходу є розуміння цілеспрямованого впливу владного суб'єкта на полісуб'єктне середовище, створення механізму правового регулювання, що відповідає їх потребам, у рамках якого полісуб'єктне середовище здійснюватиме різного роду соціальні взаємодії, оцінювані в праві як права (юридична) діяльність. Найбільш важливим елементом такого суб'єктного впливу, представленого в логіці юриспруденції як публічно-правовий, є правотворчість, що як елемент управлінського рішення створює належну модель для правореалізації та регулювання правової (юридичної) діяльності (конкретний механізм правового регулювання). Правотворчість же (юридичний механізм правотворчості) поряд із механізмом реалізації права визнається найважливішою в системі правових механізмів як сукупності правових засобів, що вивчаються інструментальним підходом [47, с. 180–187]. У межах правотворчості здійснюється створення норми і супровідних засобів, спрямованих на регулювання суспільних відносин. У межах правореалізації – безпосередній вплив та (само)регулювання діяльності суб'єктів. Таким чином, право, з одного боку, здійснює вплив на поведінку суб'єкта (полісуб'єктне середовище), але, з другого боку, має вторинний характер, виступає як одна з форм управлінського рішення владного суб'єкта. При цьому полісуб'єктне середовище у процесі правоутворення здійснює зворотний вплив на владного суб'єкта при прийнятті ним управлінських рішень. У цьому випадку особливої важливості набуває цілепокладання, тобто вибір владним суб'єктом мети правового регулювання та створення для її досягнення комплексу правових засобів, що актуалізує проблему правової політики.

Полісуб'єктність у такому випадку проявляється в наявності різнорівневих суб'єктів, а саме: 1) владних правотворчих суб'єктів, що формують у межах управлінського рішення певний механізм правового регулювання; 2) владних керуючих суб'єктів, які здійснюють безпосереднє регулювання правової діяльності; 3) безпосередніх суб'єктів правореалізації, діяльність яких регламентується конкретним механізмом правового регулювання. Наявність власних цілей та інтересів у всіх видів суб'єктів здатна породжувати конфлікти між ними та негативно впливати на ефективність права.

Викладене вище дозволяє зробити такі висновки:

1. Правова реальність може пізнаватися за допомогою різних методологічних підходів, що розрізняються вихідними положеннями. Методологічний плюралізм у цьому випадку припускає необхідність визначення сфери застосування методу і його принципових обмежень. Методологічні підходи знаходяться в системі методологічних конструкцій різного рівня абстракції, що актуалізує проблему виявлення принципів їх взаємодії.

2. До аналізу сучасної правової реальності припустимо застосовувати суб'єктний підхід, який полягає у вивченні реальності через властивості самого суб'єкта. Кореляція цього підходу з парадигмами науки і соціального управління дозволяє виділяти класичний (суб'єкт — об'єкт), неklasичний (суб'єкт, що управляє — суб'єкт, яким управляють) та постнеklasичний (суб'єкт, що управляє — полісуб'єктне середовище) підходи до розуміння суб'єкта.

3. У межах постнеklasичного підходу суб'єкт має ознаки саморегулювання, саморозвитку, цілепокладання, рефлексії та буття у непередбачувано змінюваному середовищі, що передбачає його вплив на дане середовище та інших суб'єктів за допомогою різних засобів (інструментів). Це і дозволяє розглядати інструментальний підхід як один із визнаних у юридичній науці напрямів пізнання правової реальності як складової частини суб'єктного підходу, виробленого іншими соціально-гуманітарними науками, а осмислення названих дослідницьких програм, що співвідносяться як «ціле і частина», — як один із напрямів методології юридичної науки.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Butler B. E.* Legal pragmatism / B. E. Butler // The internet encyclopedia of philosophy. — 2014 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://www.utm.edu/research/iep/1/leglprag.htm>. — Date of access : 30.07.2014.
2. *Pound R.* The ideal element in law / R. Pound. — Indianapolis : Liberty Fund, 2002. — 433 p. // The online library of liberty. — 2014 [Electronic resource]. — Mode of access: http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/671/0094_LFeBk.pdf. — Date of access : 30.07.2014.
3. *Scordato M. R.* Post-realist blues: formalism, instrumentalism and the hybrid nature of common law jurisprudence / M. R. Scordato // The social science research network electronic paper collection. — 2014 [Electronic resource]. — Mode of access : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1020171. — Date of access : 30.07.2014.
4. *Tamanaha B. Z.* How an instrumental view of law corrodes the rule of law / B. Z. Tamanaha // The social science research network electronic paper collection. — 2014 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://ssrn.com/abstract=951518>. — Date of access : 30.07.2014.
5. *Александров Н. Г.* Правовые и производственные отношения в социалистическом обществе / Н. Г. Александров // Вопросы философии. — 1957. — № 1. — С. 33–60.
6. *Алексеев С. С.* Собрание сочинений : в 10 т. [+ Справ. том]. Т. 6: Восхождение к праву / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 2010. — 558 с.
7. *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1966. — 187 с.

8. *Алексеев С. С.* Право. Азбука. Теория. Философия: опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 709 с.
9. *Алексеев С. С.* Специально-научные теории в советском правоведении : (В порядке постановки проблемы) / С. С. Алексеев // Учен. зап. Тарт. гос. ун-та = Tartu Riikliku Ülikooli toimetised. — Tartu, 1989. — Вып. 847. Тр. по правоведению = Studia iuridica. — С. 16–23.
10. *Афанасьева М.* Инструментальный подход к законотворческому процессу / М. Афанасьева // LEGEA ŞI VIAȚA = Закон и жизнь. — 2012. — № 3. — С. 21–24.
11. *Братусь С. Н.* О роли советского права в развитии производственных отношений / С. Н. Братусь. — М. : Знание, 1954. — 24 с.
12. *Вышинский А. Я.* XVIII Съезд ВКП (б) и задачи науки социалистического права // А. Я. Вышинский // Сов. государство и право. — 1939. — № 3. — С. 1–26.
13. *Гайворовский В. Н.* Правовые средства перестройки хозяйственного механизма : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / В. Н. Гайворовский ; Харьк. юрид. ин-т им. Ф. Э. Дзержинского. — Харьков, 1991. — 46 с.
14. *Гарбузова Е. В.* Инструментальный подход в совершенствовании национального законодательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. В. Гарбузова ; Беларус. гос. ун-т. — Минск, 2012. — 24 с.
15. *Гарбузова Е. В.* Генезис инструментальных концепций права / Е. В. Гарбузова // Порівняльно-правові дослідж. — 2011. — № 1. — С. 80–85.
16. *Демин А. В.* Неопределенность в налоговом праве и правовые средства ее преодоления / А. В. Демин. — М. : РИОР : ИНФРА-М, 2012. — 245 с.
17. *Егоров А. В.* Правовое заимствование как инструмент правовой интеграции / А. В. Егоров // Право и демократия : сб. науч. тр. / Беларус. гос. ун-т ; редкол.: В.Н. Бибило (гл. ред.) [и др.]. — Минск, 2001. — Вып. 11. — С. 93–103.
18. *Иеринг Р. фон* Интерес и право / Р. фон Иеринг // Избр. тр. : в 2 т. Т. 1. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. — С. 87–239.
19. *Калинин С. А.* О подходах к совершенствованию и систематизации законодательства / С. А. Калинин // Теоретико-методологические и конституционные основы развития системы права Республики Беларусь : сб. ст. / Беларус. гос. ун-т. — Минск : Право и экономика, 2011. — С. 76–86.
20. *Калинин С. А.* Классификация нормативного массива как инструмент совершенствования права Республики Беларусь / С. А. Калинин // Право и демократия : сб. науч. тр. Вып. 21 / редкол.: В. Н. Бибило (гл. ред.) [и др.]. — Минск : БГУ, 2010. — С. 55–63.
21. *Калинин С. А.* Теоретико-инструментальный анализ проекта Экологического кодекса Республики Беларусь / С. А. Калинин // Право и демократия : сб. науч. тр. — Спецвып. / редкол. В. Н. Бибило (гл. ред.) [и др.]. — Минск : Изд. центр БГУ, 2006. — С. 12–29.
22. *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / В. Н. Карташов ; под ред. Н. И. Матузова. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1989. — 218 с.
23. *Качество* продукции и строительных работ: Гражданско-правовые средства обеспечения / Ин-т философии и права. АН БССР ; [редкол.: Е. А. Тихоненко, А. Н. Романович]. — Минск : Наука и техника, 1966. — 160 с.
24. *Кудрявцев В. Н.* Современная социология права : учеб. для юрид. фак. и ин-тов / В. Н. Кудрявцев, В. П. Казимирчук. — М. : Юристъ, 1995. — 303 с.
25. *Курский Д. И.* На путях развития советского права: Статьи и речи. 1919–1926 / Д. И. Курский. — М. : Юрид. изд. НКЮ РСФСР, 1927. — 118 с.
26. *Лаптев В. В.* Цели правового регулирования и система права / В. В. Лаптев, В. П. Шахматов // Правоведение. — 1976. — № 4. — С. 26–35.

27. *Лекторский В. А.* Субъект, объект, познание / В. А. Лекторский. — М. : Наука, 1980. — 359 с.
28. *Лепский В. Е.* Субъектно-ориентированный подход к инновационному развитию / В. Е. Лепский. — М. : Когито-Центр, 2009. — 208 с.
29. *Малько А. В.* Законные интересы как правовая категория / А. В. Малько, В. В. Субочев. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004 — 357 с.
30. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько ; Саратов. фил. Ин-та государства и права Рос. акад. наук. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристь, 2004. — 248 с.
31. *Малько А. В.* Теория правовой политики / А. В. Малько. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 325 с.
32. *Малько А. В.* Цели и средства в праве и правовой политике / А. В. Малько, К. В. Шундилов ; Рос. акад. наук, Саратов. фил. гос. учреждения «Ин-т государства и права», М-во образования Рос. Федерации, Саратов. гос. акад. права. — Саратов : Саратов. гос. акад. права, 2003. — 293 с.
33. *Мельвиль Ю. К.* Американский прагматизм : лекции, прочит. на философ. фак. Моск. гос. ун-та / Ю. К. Мельвиль ; под ред. И. С. Нарского. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1957. — 124 с.
34. *Мизес Л. фон.* Человеческая деятельность: Трактат по экономической теории / Л. фон Мизес. — Челябинск : Социум, 2005. — 878 с.
35. *Научная школа А. В. Малько «Стимулы и ограничения в праве и правовой политике»* / А. В. Малько // Правоведение. — 2011. — № 2. — С. 9–11.
36. *Онуфрієнко О. В.* Правові засоби у контексті інструментальної теорії права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Онуфрієнко ; Нац. ун-т внутр. справ. — Х., 2004. — 20 с.
37. *Пашук Т. І.* Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод / Т. І. Пашук // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Акад. прав. наук України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. — Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 15. — Львів : Край, 2007. — 220 с.
38. *Пашуканис Е. Б.* Пролетарское государство и построение бесклассового общества / Е. Пашуканис. — М. : Партиздат, 1932. — 40 с.
39. *Подупейко А. А.* Служебная дисциплина в органах внутренних дел и организационно-правовые средства ее обеспечения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / А. А. Подупейко ; Акад. МВД Респ. Беларусь. — Минск, 2000. — 22 с.
40. *Политическая и правовая жизнь модернизирующегося общества : [исслед. очерки]* / А. И. Демидов [и др.] ; Пенз. гос. ун-т, Саратов. фил. ин-та государства и права РАН. — Саратов ; Пенза : Информ.-изд. центр ПГУ, 2002. — 197 с.
41. *Проблемы субъектов в постнеклассической науке* / под ред. В. И. Аршинова и В. Е. Лепского. — М. : Когито-Центр, 2007. — 176 с.
42. *Пугинский Б. И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях / Б. И. Пугинский. — М. : Юрид. лит., 1984. — 224 с.
43. *Пугинский Б. И.* Инструментальная теория правового регулирования / Б. И. Пугинский // Весн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. — 2011. — № 3. — С. 22–31.
44. *Рабинович П. М.* О юридической природе целей правовых актов / П. М. Рабинович // Правоведение. — 1971. — № 5. — С. 28–35.
45. *Райгородский В. Л.* Политические и правовые средства обеспечения национальной безопасности Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 23.00.02 / В. Л. Райгородский ; Рост. юрид. ин-т МВД РФ. — Ростов н/Д, 2004. — 54 с.

46. Сапун В. А. Инструментальная теория права в юридической науке / В. А. Сапун // Современное государство и право. Вопросы теории и истории : сб. науч. тр. — Владивосток : ДВГУ, 1992. — С. 22–32.
47. Сапун В. А. Инструментальная теория права и правовые средства как элементы юридической техники / В. А. Сапун, Я. В. Турбова // Ленингр. юрид. журн. — 2010. — № 3. — С. 177–188.
48. Сапун В. А. Инструментальная теория права и человеческая деятельность / В. А. Сапун, К. В. Шундигов // Правоведение. — 2013. — № 1. — С. 14–32.
49. Сапун В. А. Теория правовых средств и механизм реализации права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / В. А. Сапун ; Нижегород. акад. МВД России. — Н. Новгород, 2002. — 49 с.
50. Скурко Е. В. Философия права и правовая жизнь / Е. В. Скурко. — М. : Юрлитинформ, 2011. — 173 с.
51. Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права / П. И. Стучка. — Рига : Латв. гос. изд-во, 1964. — 201 с.
52. Субочев В. В. Законные интересы / В. В. Субочев ; Рос. акад. наук, Саратов. фил. Ин-та государства и права РАН ; под ред. А. В. Малько. — М. : Норма, 2008. — 495 с.
53. Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / С. Ю. Филиппова ; Рос. акад. нар. хоз-ва и гос. службы при Президенте РФ. — М., 2013. — 50 с.
54. Шагиева Р. В. Правовая деятельность и ее разновидности в современном российском обществе / Р. В. Шагиева // Журн. рос. права. — 2004. — № 10. — С. 88–99.
55. Шундигов К. В. Инструментальная теория права — перспективное направление научного исследования / К. В. Шундигов // Правоведение. — 2002. — № 2 (241). — С. 16–23.
56. Шундигов К. В. Инструментальный подход и инструментальная теория в современном правоведении: Методологический аспект / К. В. Шундигов // Ленингр. юрид. журн. — 2005. — № 3. — С. 167–175.
57. Эффективность правовых норм / В. Н. Кудрявцев [и др.]. — М. : Юрид. лит., 1980. — 280 с.

Калінін С. А. Інструментальне розуміння права в контексті суб'єктного підходу: щодо проблеми взаємодії методологічних стратегій

Анотація. У статті осмислюються проблеми взаємодії методологічних юридичних стратегій різного рівня, висувається ідея допустимості використання до аналізу правової реальності суб'єктного підходу, заснованого на вивченні реального світу через якості суб'єкта (саморегулювання, саморозвиток, цілепокладання, рефлексія, буття в непередбачувано змінюваному середовищі і т. д.). Висувається і обґрунтовується гіпотеза про те, що використовуване в юриспруденції інструментальне розуміння права допустимо розглядати як складову частину суб'єктного підходу, що є законним розвитком юридичної науки. Передбачається, що постійне розширення об'єкта інструментального підходу в праві об'єктивно має включати вивчення суб'єкта, який і використовує право як інструмент для досягнення власних цілей. Також у статті описані основні закономірності розвитку інструментального розуміння права як у радянській (пострадянській), так і в американській науці.

Ключові слова: методологія юридичної науки, інструментальний підхід до права, інструментальна теорія права, суб'єктний підхід, аналітична юриспруденція, прагматичний інструменталізм, механізм правового регулювання, правове регулювання.

Калинин С. А. Инструментальное понимание права в контексте субъектного подхода: о проблеме взаимодействия методологических стратегий

Аннотация. В статье осмысливаются проблемы взаимодействия методологических юридических стратегий различного уровня, выдвигается идея допустимости использования к анализу правовой реальности субъектного подхода, основанного на изучении реального мира через качества субъекта (саморегулирование, саморазвитие, целеполагание, рефлексия, бытие в непредсказуемо изменчивой среде и т. д.). Выдвигается и обосновывается гипотеза о том, что используемое в юриспруденции инструментальное понимание права допустимо рассматривать в качестве составной части субъектного подхода, что является закономерным развитием юридической науки. Предполагается, что постоянное расширение объекта инструментального подхода в праве объективно должно включить в себя изучение субъекта, который и использует право в качестве инструмента для достижения собственных целей. Также в статье описаны основные закономерности развития инструментального понимания права как в советской (постсоветской), так и в американской науке.

Ключевые слова: методология юридической науки, инструментальный подход к праву, инструментальная теория права, субъектный подход, аналитическая юриспруденция, прагматический инструментализм, механизм правового регулирования, правовое регулирование.

Kalinin S. Instrumental Understanding of Law in the Context of Subject Approach: about the Problem of Interaction of Methodological Strategies

Summary. The article conceptualizes the problem of interaction of methodological legal strategies at various levels, extends the idea of admissibility of the analysis of legal reality within the subject approach, based on the study of the real world through qualities of the subject (self-regulation, self-development, goal setting, reflection, being in unpredictably changing environment, etc.). The author extends and substantiates the hypothesis that the instrumental understanding of law is possible to be considered as a part of the subject approach, that is the logical development of jurisprudence. It is assumed that the constant expansion of the object of the instrumental approach to law objectively should include a study of the subject, who uses the law as a tool to achieve his own goals. The article also describes the main patterns of development of the instrumental understanding of law in a Soviet (post-Soviet) and American science.

Key words: methodology of legal science, instrumental approach to law, the instrumental theory of law, subject approach, analytical jurisprudence, pragmatic instrumentalism, the mechanism of legal regulation, legal regulation.

ПРИРОДНЕ ПРАВО І ПРАВОВА МОРАЛЬ. ДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ МОРАЛІ ТА ПРАВА У «ПОНЯТТІ ПРАВА» Г. ХАРТА

Р. ЗИМОВЕЦЬ
*кандидат філософських наук,
науковий співробітник відділу
філософії культури, етики та естетики
(Інститут філософії
імені Г. С. Сковороди НАН України)*



Дискусія між юридичним позитивізмом і юснатуралізмом належить до найбільш тривалих у теорії та філософії права. Ось вже близько двохсот років сторони відточують свої стратегії аргументації, більш повно й точно визначаючи та реінтерпретуючи такі поняття, як «мораль», «право», «зобов'язання», «права», «правило», «обов'язок» тощо. Початок цієї дискусії був пов'язаний із критикою метафізично переважаного концепту природного права такими мислителями, як І. Бентам та Д. С. Мілль. У XVIII ст. природно-правові теорії становили певний загальний смисловий фон самоінтерпретації права, а тому їх критичне переосмислення стало основою для формування позитивно-правового підходу. Але достатньо переконлива критика юснатуралізму у XIX — на поч. XX ст. була нівельована тими наслідками, які несли для юридичного позитивізму тоталітарні режими. Своєрідне відродження природно-правових теорій було безпосередньо пов'язане з критикою правового режиму фашистської Німеччини, який, так чи інакше, визнавався юридичним позитивізмом саме як правовий [1, с. 150].

У повоєнний час дискусія між юснатуралізмом та правовим позитивізмом зміщується у площину співвідношення права та моралі. Саме поняття «природне право» разом із його багатозначними метафізичними конотаціями поступово відходить на другий план, поступаючись питанню про розмежування, взаємодію та взаємопроникнення моралі та права. Якою мірою мораль визначає право, а право включає в себе елементи моралі? — так можна сформулювати ключове питання цієї дискусії.

Особливе місце у ній належить класику англосаксонської теорії права Герберту Л. А. Харту. З одного боку, його традиційно відносять до когорти юридичних позитивістів [2, с. 73; 1, с. 150]. Але та увага, яку Г. Харт приділив проблематиці природного права, а також пов'язаний із нею темі співвідношення моралі та права, виокремлює його з цього напрямку і ставить на особливе місце стосовно як позитивізму, так і юснатуралізму [3, с. 85–86]. На відміну від пози-

© Р. Зимовець, 2014

тивістів попередніх поколінь, Г. Харт не відмовляється від поняття природного права, а розглядає його як прояв єдності моралі та права у певному фундаментальному, «мінімальному» сенсі. Головна ідея теорії природного права, яка полягає у нормативній вимозі збереження життя, на думку Г. Харта, є спільним джерелом як моралі, так і права. Саме вона визначає живучість й актуальність природно-правової традиції, а значить і необхідність серйозного до неї ставлення.

Завдання цієї статті — розгорнути наслідки, які випливають з інтерпретації поняття природного права Г. Хартом, з метою оновлення постановки питання про співвідношення моралі та права. Як буде продемонстровано, редукція Г. Хартом моралі і права до єдиної нормативної вимоги збереження життя є достатньо проблематичною. У всякому разі англійський теоретик права не наводить на її користь конкретних аргументів. Багатоманітність моральних норм та імперативів, їх пов'язаність із традиційними, релігійно насиченими картинами світу не піддається редукції до єдиного імперативу виживання і правила збереження миру. Але описане Г. Хартом поняття природного права, разом із «фактами людського життя» («труїзмами»), що лежать в його основі, досить чітко окреслює той морально-нормативний горизонт, який визначає фундаментальні риси правової нормативності. Інакше кажучи, поняття природного права Г. Харта було б коректніше описувати як специфічну правову мораль, яка складає ядро правової нормативності. Як буде доведено у рамках цього дослідження, пріоритет імперативу виживання для правової нормативності обґрунтовується певним розумінням специфіки спільного буття людей, тобто певною онтологічною передумовою. Загрози, що генеруються людьми щодо один одного, оборотною стороною яких є розуміння вразливості людського життя, формують морально-правову мотивацію, що лежить у підґрунті правової нормативності. Найважливішим наслідком такої інтерпретації стане виявлення концептуального зв'язку між мораллю та правом. Опис правової системи як «соціологічного факту», сукупності соціальних інститутів, які виникають та формуються історично, можливо й не вимагає звернення до моральної нормативності. Але як тільки ми переходимо до опису нормативного ядра правової системи, правова мораль дається взнаки як сукупність імперативів, нормативних вимог, які вмотивовують необхідність самої цієї системи.

Вирішення окресленого завдання здійснюватиметься у кілька етапів. Спочатку буде продемонстроване місце теорії Г. Харта у загальному контексті правового позитивізму (1). Далі буде запропонований аналіз специфіки поняття природного права, наведеного у головній роботі Г. Харта — «Понятті права». Особливий акцент робитиметься на спадковості розуміння Г. Хартом природного права стосовно ранньомодерної філософсько-правової традиції. Загальна онтологічна передумова, на яку спирається природно-правова традиція, буде осмислена як основа специфічної негативно-телеологічної нормативності права (2). Саме ця негативна телеологія дає можливість визначити «мінімальний зміст природного права» Г. Харта не як спільне джерело моралі і права, а як правову мораль — специфічну царину загальної моралі, яка визначає фундаментальні риси правової нормативності (3).

1. Правовий позитивізм і проблема співвідношення моралі та права

Попри розмаїтість течій сучасного юридичного позитивізму дві риси надають їм суттєвої подібності. По-перше, з точки зору методології, юридичний позитивізм розвиває описову теорію правової системи, у якій аналіз цієї системи відокремлений від її оцінки [2, с. 71]. Інакше кажучи, юридичний позитивізм описує «право, як воно є» на відміну від «права, яким воно повинно бути». Абстрагуючись від оціночних суджень, цей напрям претендує на об'єктивний опис правової системи того чи іншого суспільства. Головним предметом такого опису є інституційна структура права, тобто ті інститути (їх виникнення, функціонування, трансформація), які й становлять структуру правової системи. Що стосується нормативного змісту права, то він редукується до легальних правових норм, дійсність яких забезпечується відповідними інститутами.

Друга змістовна риса юридичного позитивізму зводиться до так званої «розділової тези», відповідно до якої не існує необхідного (тобто понятійного або концептуального) зв'язку поміж правом та мораллю. З цього випливає, що зміст правопорядку може бути досліджений і встановлений безвідносно до моральних та політичних цінностей [4, с. 7]. Видається очевидним, що, розглядаючи право як об'єктивну інституційну реальність і абстрагуючись від її оціночних суджень, ми «беремо у дужки» нормативний зміст правових норм і його можливі моральні імплікації. Це не означає, як може здаватися на перший погляд, ігнорування позитивістами проблеми співвідношення моралі і права. Моральний зміст, так чи інакше, входить у правові норми і це очевидний факт. Питання у тому, що така присутність моральних норм у праві або, інакше кажучи, збіг моральних та правових норм, на думку юридичних позитивістів, опиняється випадковим. Право може бути як інструментом реалізації ідеї справедливого суспільства, так і засобом підтримки аморального режиму. І в цьому другому випадку воно не перестає бути правом.

Немає нічого дивного в тому, що «розділова теза» зазнала жорсткої критики після закінчення Другої світової війни, особливо у зв'язку з розслідуванням злочинів нацизму. Позитивізм опинився у дуже незручній позиції теорії, що виправдовує визначення фашистської державної системи саме як правової. Головну ідею критики на адресу правового позитивізму дуже лаконічно та чітко висловив головний опонент Г. Харта, провідна постать гарвардської школи права — Лон Фуллер¹. Проблема полягає у тому, що позитивізм розглядає право як «однобічну проекцію влади», цілком ігноруючи його «інтерактивний характер» і не беручи до уваги той факт, що співробітництво між законодавцем і громадянином є «суттєвим елементом» створення правової системи [5, с. 180]. За своїм визначенням право пов'язане з мораллю: його предметом є розрізнення правильних та неправильних дій. Правова система може різною мірою відповідати цьому своєму визначенню або «внутрішній меті», а тому вона може реалізовуватись із різною мірою успіху. На думку Л. Фуллера, коректніше говорити про те, що правові норми можуть існувати наполовину [5, с. 119], що можуть

¹ Дискусія між Г. Хартом та Л. Фуллером (*Hart-Fuller Debate*), за загальним визнанням, є найвпливовішою у правознавстві та філософії права ХХ ст. Вона суттєво вплинула не лише на розвиток англо-американської теорії права, а й на філософію права в цілому [7, с. 55].

існувати помилкові норми, які необхідно виправляти, у тому числі й за допомогою законів, що мають зворотну силу.

У цьому контексті критики правового позитивізму концепцію Г. Харта можна вважати спробою знайти певну середину, яка дозволила б примирити морально нейтральний юридичний позитивізм, з одного боку, і деякі положення природно-правової теорії — з другого, чітко продемонструвавши як єдність, так і відмінність, що існує між мораллю та правом. У праці «Поняття права» Г. Харт найбільш комплексно втілює основні ідеї такого синтезу, водночас розробивши класичне формулювання права як єдності первинних і вторинних правил.

Г. Харт дистанціюється від класика позитивізму Дж. Остіна, який вважав за можливе редукувати правові норми до наказів певного «суверена». Ми завжди здатні відрізнити правові норми від наказів банди злодіїв і не вважаємо останні правом. Найважливіша відмінність правових норм від «просто наказів» полягає в тому, що перші вимагають певного «внутрішнього прийняття», у той час як останні індиферентні стосовно того, як їх сприймають ті, на адресу яких віддаються накази. Виокремлення цього «внутрішнього аспекту» правових правил говорить про те, що зовнішню методологічну позицію «спостерігача» правової системи англійський теоретик права інтегрує з внутрішньою герменевтичною позицією її учасника, долаючи тим самим методологічну однобічність класичного позитивістського підходу. У той же час Г. Харт вважає за необхідне провести чітку лінію демаркації між мораллю та правом. Основою такої диференціації слугуватиме відокремлення так званих «первинних» та «вторинних» правил.

Спільне життя людей регулюється правилами різного роду, які пов'язані з певними традиціями, що панують у суспільстві. Ці правила є «стихійними» у тому сенсі, що вони не є свідомо встановленими та не являють чіткої системи. Мова йде про морально-етичні правила, взірці поведінки, канони, правила етикету, які сформувалися «природним шляхом» протягом тривалого спільного життя учасників певної спільноти. Сюди ж належить і звичаєве право, завжди пов'язане з мораллю. Це так звані первинні правила, які являють собою «набір певних стандартів, що не ідентифікуються окремо та не пов'язані одне з одним нічим, окрім тієї обставини, що всі вони визнаються окремою групою людей» [6, с. 97].

Саме з огляду на стихійність та відсутність системного зв'язку цим правилам притаманні три принципові дефекти. По-перше, вони невизначені. У більшості випадків це «неписані» правила, а тому межі їх функціонування та випадки застосування дуже розпливчасті. По-друге, вони статичні. Не існує загальноприйнятого механізму їх зміни. Первісні правила, пов'язані з традицією, завжди дуже інертні і вкрай повільно змінюються з плином часу. По-третє, їх ефективність сумнівна. Оскільки первинні правила невизначені, між різноманітними нормами та їх тлумаченнями виникають конфлікти. У той же час відсутні загальноприйняті механізми їх розв'язання. Судження щодо правильних та неправильних вчинків за цими правилами є вкрай ускладненим [6, с. 97–98].

Виправлення цих дефектів, на думку Г. Харта, являє собою послідовні кроки, пов'язані з переходом від до-правового до правового стану розвитку суспільства [6, с. 99]. Коли над первинними правилами з'являється надбудова вторинних правил, що відповідають за визнання (засвідчення), зміну та структурування самих первинних правил, ми можемо констатувати появу правової

системи та формування інституту права. «Інакше кажучи, якщо первинні правила стосуються дій, які та чи інша особа повинна здійснювати або не здійснювати, вторинні правила стосуються тільки самих первинних правил. Вони уточнюють, яким чином первинні правила повинні засвідчуватись, ліквідуватись, змінюватись, а також як повинен встановлюватися факт їх порушення» [6, с. 99].

Так з'являється нині вже класичне визначення права як «єдності первинних та вторинних правил» [6, с. 85]. Вторинні правила безпосередньо належать до інститутів права, які засвідчують або не засвідчують певні первинні правила як дійсні, змінюють їх або надають критерії для винесення суджень щодо їх порушення. Ключову роль серед вторинних правил відіграє так зване «правило визнання», відповідно до якого ті чи інші правила набувають офіційного статусу. Правило визнання — це по суті інстанція засвідчення тих чи інших правил як офіційних. Такою інстанцією, теоретично, може виступати певний «суверен», який репрезентуватиме останню інстанцію визнання. Але у сучасних інституційно розгалужених суспільствах важко виокремити єдину інстанцію визнання. Швидше, можна казати про багатоманітність таких інстанцій і про самий принцип засвідчення правил як «офіційних».

На перший погляд може видаватись, що теорія «правила визнання» є актуалізованою та витонченою версією теорії суверенітету Дж. Остіна. Невипадково Л. Фуллер констатує, що ситуація громадян у державі Г. Харта була б ще гіршою, ніж ситуація жертви банди злодіїв: у останньої принаймні є шанс апелювати до справедливості права, в той час як у перших і такого шансу немає, оскільки право є тим, що визначено правилом визнання [5, с. 133]. Якщо будь-яке правило може бути легалізоване через правило визнання, значить і будь-яка дія суверена або суверенів (як би ми їх не називали — парламентом, президентом, місцевим самоврядуванням, суддівським консенсусом, бандою або народом) повинна апріорі визнаватись справедливою, навіть якщо «де-факто» вона такою й не є. Але в цілому ця критика не досягає своєї мети.

Вирішальними запитаннями для розуміння відмінності підходу Г. Харта від поглядів Дж. Остіна та класичного позитивізму в цілому можуть бути такі: чи існує певний критерій, відповідно до якого «працює» правило визнання? Чи є його функціонування виключно довільним, або ж воно апелює до певних принципів, які можна назвати моральними?

Дійсно, правило визнання напряму пов'язане з інституціалізованою владою і, в цьому сенсі, селекція первинних правил є довільною. Який інститут буде уповноважений визнавати ті чи інші правила «правом» і те, як він буде це робити, вочевидь залежить від розстановки сил у суспільстві. З цим пов'язаний той простий «соціологічний факт», що правова система може бути і часто-густо буває несправедливою. Вона може консервувати асиметричні відносини панування.

Але, як ми пам'ятаємо, правові правила мають внутрішній аспект — вони повинні сприйматися як легітимні з боку тих, по відношенню до кого вони спрямовані. Підвалини такої легітимності можуть бути досить різними і їх неможливо редукувати лише до ідеї справедливості, рівності або будь-яких інших моральних ідей чи їх сукупності. Громадяни можуть приймати ті чи інші правила виходячи також із прагматичних, конформістських, корпоративних й інших мотивів. Утім існує мінімальна умова такого прийняття. І саме ця умова вказує

на фундаментальну спорідненість моралі і права. «Щоб порушити... питання про те, як люди повинні жити разом, ми повинні виходити з того, що їхньою метою взагалі-то є жити» [6, с. 195]. Саме забезпечення виживання, на думку Г. Харта, і є мінімальною умовою існування як правової системи, так і моралі. Прості заборонні моральні норми типу «не вбий», «не вкради» тощо — є елементарними умовами спільного виживання людей. І саме ці норми водночас є засновками як моралі, так і права. Вони говорять нам не про те, яким чином, в який спосіб люди прагнуть жити, а про те, що вони в принципі хочуть жити. Такі фундаментальні норми є мінімальними умовами можливостей спільного життя як такого, а значить і будь-якої конкретної форми цього життя. Правило визнання, незважаючи на свою залежність від розстановки сил у суспільстві, не може ігнорувати ці елементарні первинні правила і завжди надає їм легального статусу. Через це у будь-яких правових системах, навіть дуже різних з точки зору втілення ідеалів справедливості, ми знаходимо спільні риси, пов'язані з наявністю елементарних правил спільного життя. Така єдність моралі і права відносно питання спільного виживання і становить те, що Г. Харт називає «мінімальним змістом природного права».

У такий спосіб поняття природного права інтегрується у серцевину позитивно-правової теорії Г. Харта, у розуміння права як єдності первинних та вторинних правил. Будучи змістом первинних правил, воно завжди засвідчується вторинним правилом визнання, оскільки є умовою можливості його самого. У цьому сенсі будь-яка правова система, в силу самого свого існування, вже здійснила певний «мінімум справедливості», попередивши смертоносні конфлікти і забезпечивши мінімум прав, пов'язаних із виживанням.

2. Мінімальний зміст природного права та його онтологічна передумова

Реабілітуючи поняття природного права, Г. Харт, тим не менш, критично переосмислює природно-правову традицію. Метафізичні конотації цього концепту й особливо його теологічна заангажованість потребують дуже обережного поводження з ним. Але «постійно відновлюване утвердження тієї чи іншої форми природно-правової доктрини частково пов'язане з тим... що, незважаючи на термінологію і малоприйнятну сьогодні метафізику, вона містить певні елементарні істини, важливі для розуміння як моралі, так і права. Саме їх ми спробуємо витягнути з метафізичної оболонки і сформулювати простіше» [6, с. 191]. У цих формулюваннях Г. Харт спирається на представників природно-правового підходу раннього модерну, зокрема на Д. Юма і особливо Т. Гоббса. Саме у цих мислителів поняття природного права втрачає теологічну відсилку і набуває секулярного сенсу, а зміст природного права мінімізується до рівня, який може вважатися самоочевидним.

Розглядаючи засновки цього самоочевидного змісту, Г. Харт апелює до елементарних «фактів», які стосуються «природи людини». Про яку природу йде мова? Відповідаючи на це запитання, Г. Харт здійснює щось на зразок феноменологічної процедури вільної варіації у фантазії¹, у результаті якої виявляється певний інваріант людини, що потребує правил моралі та права. Він моделює умови, за яких потреба в моралі та праві відсутня і тим самим відкриває необ-

¹ Сам Г. Харт називає це «використанням філософської уяви» [6, с. 129].

хідні умови їх присутності. Відповідно до цього методу Г. Харт формулює свої відомі п'ять «труїзмів», які визначають мінімальний зміст природного права. Визначення «труїзм» повинно підкреслити самоочевидний, навіть тривіальний характер цих «фактів життя». Але для філософії найбільш очевидне та близьке, при детальнішому розгляді опиняється найбільш втаємниченим та загадковим. Розгляд труїзмів Г. Харта дозволяє виявити ті онтологічні засновки, які спрямовують його розуміння таких понять, як «людина», «правило», «мораль», «право». У тому, що Г. Харт називає очевидними фактами, саме і криється онтологічна структура, яка неявним чином визначає предметну царину права та принципи диференціації права та моралі. Тому ми змушені приділити особливу увагу цим очевидностям для того, щоб прояснити базові онтологічні засновки, які лежать в основі розуміння Г. Хартом такої царини буття, як право.

Першим очевидним фактом є вразливість людей. У суспільстві, в якому люди невразливі одне до одного, «норми, які забороняють вільне застосування насилля, як і норми, що встановлюють мінімальну форму власності... не будуть мати такого необхідного та мимовільного статусу, який вони мають для нас, які ми є у сьогоденному світі». І далі: «ці норми настільки фундаментальні, що якщо правова система не буде їх містити, взагалі не буде сенсу встановлювати якісь інші правила» [8, с. 127]. Другий труїзм — приблизна рівність людей поміж собою. Той факт, що у людей відсутні радикальні відмінності як у фізичній, так і в ментальній конституції, зумовлює розуміння обмеженості сили будь-якої, навіть самої найсильнішої людини¹. Цей труїзм «робить очевидною необхідність системи взаємної стриманості та компромісів, яка лежить в основі і правових, і моральних зобов'язань» [6, с. 197]. По-третє, людям притаманний обмежений альтруїзм. У повсякденному житті ми керуємося різноманітними мотивами — прагматичними, етичними, альтруїстичними тощо. Але альтруїстичні мотиви є слабкішими за мотиви, пов'язані з агресією щодо Інших. Не тому, що люди є «злыми за природою», а тому, що за своїми наслідками мотиви, які містять агресію щодо Інших, навіть у «малих обсягах», можуть бути фатальними для суспільного життя, якщо їх не контролювати та не стримувати. По-четверте, обмежені ресурси вимагають мінімальної форми інституту власності, який закріплює би за людиною необхідні для її виживання засоби. Нарешті, п'ятий труїзм полягає в тому, що обмежені розуміння та сила волі людини ставлять її перед постійною спокусою порушувати прийняті правила заради своїх інтересів. Через це було б марним підпорядковуватись правилам без розуміння того, що таке підпорядкування буде захищене від тих, хто хоче використати систему виключно заради досягнення власних інтересів. «Беручи до уваги цю постійну небезпеку, розум вимагає добровільного співробітництва у системі примусу» [6, с. 200].

Як вже зазначалося, Г. Харт інтерпретує ці труїзми як «факти» людського життя, які визначають мінімальний зміст природного права. Але як розуміти ці «факти»? У дусі юридичного позитивізму їх часто-густо інтерпрету-

¹ Теза Г. Харта про природну рівність людей майже дослівно повторює аналогічну тезу Т. Гоббса. В останнього рівність визначається через здатність «бути рівними у боротьбі», у тому числі через здатність вбити Іншого, якою володіють всі люди [9, с. 27, 31]. У цьому контексті природне право на життя отримує своє онтологічне обґрунтування. Постійна можливість загинути від руки Іншого є найбільшою загрозою спільного життя, що конститує фундаментальну нормативну вимогу збереження життя.

ють як «об'єктивні фактори, існування яких змусило людину створити такі правила поведінки» [3, с. 86]. Утім, як слід розуміти «об'єктивність»? Вочевидь, це не та сама об'єктивність, яка притаманна природничим та математичним наукам, хоча б тому, що у цих «фактах» йдеться про такі поняття, як «розум, «сила волі», «альтруїзм». Та й феномени «вразливості», «рівності сил», «необхідних для виживання засобів» не піддаються вимірюванню з математичною точністю. Тому більш адекватною була б інтерпретація вказаних «фактів» в онтологічній перспективі. Труїзми необхідно мислити, швидше, як інваріантні риси людського способу буття, які мають безпосереднє відношення до конституювання сфер моралі та права. Така інтерпретація дозволяє помислити концептуальні підвалини теорії Г. Харта не як прості «соціологічні факти», а як певні онтологічні передумови розуміння права. Підтвердженням цієї тези служать дві обставини.

По-перше, формулюючи свої труїзми, Г. Харт свідомо намагається увібрати всі основні елементи модерної традиції природного права. Тобто йдеться не лише про передумови теорії власне самого Г. Харта, а про онтологічні засновки модерного розуміння права загалом. Концептуальна спадковість труїзмів щодо головних тез, висловлених основоположником модерної філософії права Т. Гоббсом¹, підтверджує таку інтерпретацію.

По-друге, позитивістсько-емпірична інтерпретація труїзмів залишає без уваги їх принциповий аспект, пов'язаний зі спрямованістю на Іншого. Труїзми як інваріантні риси людського способу буття набувають сенсу лише в тому випадку, якщо це буття розглядається як спільне буття з Іншим. Кожен із труїзмів відсилає нас до певного розуміння Іншого і лише через таке розуміння він набуває нормативного звучання. У цій перспективі з'являється можливість розглядати мінімальний зміст природного права Г. Харта як онтологічно вкорінену висхідну форму структуризації спільного буття людей, яка уможливило саме це спільне буття. Розглянемо цей аргумент детальніше.

Розмірковуючи про фундаментальну вразливість людей у перспективі спільного буття, ми маємо на увазі розуміння Іншого як здатного скористатися цією вразливістю, заподіяти шкоду. Сенс вразливості відкривається перед лицем загрози, яку приховує в собі Інший. Але вірним є й протилежне: оскільки вразливість притаманна всім людям, кожна людина є не лише потенційною загрозою, а й потенційною жертвою загрози, яка походить від Інших [10, с. 50]. Цей амбівалентний характер вразливості найкраще прояснює другий труїзм — теза про фундаментальну рівність людей. Рівність є джерелом невизначеності у спільному бутті, граничні полюси якої — певна «абсолютна вразливість», повна підпорядкованість аж до фізичного підкорення та знищення, з одного боку, і повне домінування — з другого. Поняття обмеженого альтруїзму також розкриває Іншого як загрозу. Відносини між людьми можуть будуватися стратегічно, тобто з точки зору їх використання (взаємного чи одностороннього) для досягнення тих чи інших цілей. Така інструменталізація, у свою чергу, може мати різні градації — від звичайного повсякденного ігнорування інтересів Іншого до прямого підкорення та панування. Але у всіх цих випадках Інший постає як загроза, хоча й різна за своїм характером. Одним із модусів загрози є й конкуренція, до якої відсилає обмеженість ресурсів. Нарешті, обмежене розуміння та сила волі від-

¹ Щодо ролі Т. Гоббса як основоположника модерної філософії права див.: [11, с. 317; 12].

силають до Іншого як до загрози навіть в умовах правового стану. Завжди існує спокуса відступити від загальних правил, тим самим завдавши шкоди Іншому, якщо система цих правил не підкріплена апаратом примусу.

Навіть такий побіжний аналіз змушує поставити під сумнів визначення Л. Фуллером хартового розуміння права як однобічної проекції влади. Г. Харт, так само як і Л. Фуллер, розуміє право «інтерактивно», оскільки в труїзмах мова йде, по суті, про головні риси спільного буття людей. Але це не інтерактивність між громадянами та владою, як у Л. Фуллера. Це більш глибокий, онтологічний рівень інтерактивності, який складає умову можливості виникнення самого правового стану; він лежить «до» розподілу на «владу» та «громадян» і зумовлює можливість самої правової системи, в рамках якої такий розподіл лише й встановлюється. За всіма труїзмами Г. Харта стоїть одна загальна риса, притаманна спільному буттю людей, риса, яка складає передумову (повною мірою не артикульовану) його концепції мінімального змісту природного права. Ця передумова полягає в тому, що люди становлять загрозу щодо одне одного, тобто що їх спільне буття характеризується не тільки кооперацією, а й конфліктністю, яка може мати різний діапазон та глибину — від відносно невинної конкуренції за інструменти та ресурси до фізичної боротьби за виживання.

Проти такої аргументації може бути висунений аргумент, відповідно до якого поняття загрози є досить широким і не завжди корелюється з поняттям виживання. Загрози можуть мати різний ступінь «загрозливості», іноді не пов'язаний із безпосередньою небезпекою для життя. Але й поняття «виживання» як мінімального змісту природного права у Г. Харта також не слід редукувати виключно до фізичного виживання, про що і свідчать його описи труїзмів. Мова йде, швидше, про різні небезпеки, які люди здатні генерувати щодо собі подібних і яким вони також піддані в силу своєї вразливості, рівності, обмеженого альтруїзму, розуміння та сили волі, потреби у ресурсах. Тут також заявляє про себе спільність логіки Г. Харта та Т. Гоббса. Хоча для останнього єдиним правом є право на життя, інтерпретація цього права демонструє, що воно не редукується до простого фізичного виживання. Адже для «самозбереження є не менш необхідним, щоб кожен отримав певні права, а саме, право захищати своє тіло, користатися вільним повітрям, водою, всім іншим, необхідним для життя» [9, с. 58]. Таким чином, вузький сенс виживання як фізичного самозбереження тягне за собою більш широкий сенс, пов'язаний із певними фундаментальними умовами спільного життя. І поняття загрози виступає тією ланкою, яка пов'яже вузьке та широке розуміння поняття «виживання».

Спираючись на зміст труїзмів Г. Харта, мінімальний зміст природного права можна визначити як сукупність правових вимог, пов'язаних із попередженням загроз, які можуть спричинити шкоду людському буттю і які генеруються самими людьми щодо один одного. Ця проста передумова, яку можна виявити вже у роздумах Т. Гоббса, червоною ниткою проходить крізь праці Дж. Локка, Д. Юма, Б. Спінози [13, с. 229]. Всі вони об'єднані ідеєю, відповідно до якої самозбереження є самоочевидним та безсумнівним змістом певної «мінімальної» моралі, щільно пов'язаної з правом. Однак ця ідея вже передбачає вказану нами онтологічну передумову, відповідно до якої загрози, що виникають поміж людьми у їх спільному бутті одне з одним, є константою, однією з фундаментальних рис цього самого спільного буття, що вимагає відповідної нормативної та інституційної структуризації.

Ця передумова має важливий наслідок, який допомагає зрозуміти нормативну специфіку права стосовно моралі. Загрози, які виникають у спільному бутті людей, у силу своєї деструктивної природи, передбачають необхідність імперативів та правил, спрямованих на їх уникнення. І ці специфічні імперативи та правила мають пріоритет щодо решти норм загальної моралі. Відповідно до відомої тези Г. Йонаса, те, чого ми не бажаємо, ми знаємо набагато краще того, чого ми бажаємо. «Пізнати *malum* незрівнянно легше, ніж пізнати *bonum*; *malum* безпосередніше, нав'язливіше, передбачає набагато менше відмінностей у думках, у першу чергу воно природне: проста наявність поганого нам загрожує, у той час як *bonum* — непомітне і без рефлексії (щодо якої ми іноді повинні мати особливу мотивацію) може залишатися непізнаним» [14, с. 50]. Ця нормативність специфічна тим, що має негативне джерело і відповідно її імперативи спрямовані не на досягнення певного ідеального стану (як у будь-якого гатунку перфекціоністській моралі), і не на відповідність певному високому стандарту (як, переважно, у моралі обов'язку), а на уникнення загроз, які генеруються Іншими і які є одним з атрибутів повсякденного спільного буття людей. Те, чого ми прагнемо уникнути у спільному бутті одне з одним, формує даний вид нормативності і в цьому сенсі його можна визначити як негативно-телеологічний: він приписує більшою мірою те, чого ми не повинні робити, чого ми повинні уникати у спільному бутті, ніж те, чого повинні прагнути. Тут більшу вагу мають імперативи безпеки і пов'язані з ними обопільні зобов'язання, ніж частогусто формальні приписи належного. Ми можемо сказати, наприклад, що допомагати Іншим або вести себе чесно, принаймні у більшості випадків, є нашим обов'язком. Але фраза про те, що нашим обов'язком є не красти або не гвалтувати буде звучати досить дивно. Навіть якщо і казати про такий обов'язок, то він повинен бути визнаний обов'язком у певному іншому сенсі «мінімального» зобов'язання, яке повинна взяти на себе кожна людина. Ця відмінність між обов'язком у мінімальному сенсі та власне моральним обов'язком знайшла своє віддзеркалення в кантівському вченні про право як відмінність між *officia juris*, зобов'язаннями, які не вимагають, щоб повага до обов'язку сама була визначальним принципом воління, і *officia virtutis*, зобов'язаннями, які не мають моральної цінності, якщо не виконуються в ім'я морального принципу [15, с. 263].

3. Мінімальний зміст природного права як «правова мораль»

У попередньому викладі було продемонстровано, що, на противагу інтерпретації Л. Фуллера, в основі розуміння Г. Хартом його знаменитих труїзмів лежить невисловлена передумова специфічного інтерактивного джерела права. Мова йде про перманентну рису спільного буття людей, яку ми визначили як «загрозу» і щодо якої кожен із труїзмів набуває свого сенсу і нормативного звучання. Ця передумова характерна для всієї модерної традиції природного права, починаючи принаймні з Т. Гоббса. Її наслідком є своєрідна негативно-телеологічна нормативність, яка приписує, більшою мірою, те, чого люди повинні уникати у спільному бутті, ніж те, до чого прагнути та що робити. Зараз необхідно поставити питання, наскільки ця передумова та пов'язана з нею специфічна нормативність дійсно можуть бути названі «загальним засновком» як моралі, так і права.

Г. Харт розуміє, що мінімальний зміст природного права, який він вважає цим самим спільним засновком, не вичерпує зміст моралі. Але він вважає, що мораль і право не просто збігаються, а й мають своїм джерелом цей самий мінімальний зміст [6, с. 195]. Інакше кажучи, все розмаїття як моральних, так і правових норм може бути редуковане до прагнення виживання. Фундаментальні норми як моралі, так і права спрямовані на розв'язання проблеми спільного виживання людей. Саме це положення концепції співвідношення моралі і права Г. Харта, на наш погляд, є найбільш сумнівним.

Дійсно, норми типу «не вбий» або «не вкради» є універсальними як для моралі, так і для права. Норми, пов'язані з виживанням та уникненням загроз, є складовими частинами моралі. Але чи є вони засновками моралі або, точніше, наскільки ці норми можна вважати загальним засновком різноманітних концепцій моралі? Відповідь на це питання, якщо й може бути позитивною, вимагає серйозної доказової бази, яка відсутня у Г. Харта. Наявність моральних норм, пов'язаних із виживанням, нічого не говорить про засновки як самої моралі, так і її окремих концепцій. Навіть християнські негативно-телеологічні норми моралі («не вбий», «не вкради» тощо) є не основоположними, а, швидше, такими, що доповнюють основні, ключові норми, пов'язані з любов'ю до Бога та любов'ю до ближнього. Дуже сумнівною є редукція «моралі спасіння» до «моралі виживання», принаймні у мирському сенсі цього поняття. Норми уникнення загроз і пов'язаних із ними жорстких зобов'язань входять практично у будь-які концепції моралі, але доказ того, що саме вони є засновками цих концепцій, навряд чи буде успішним. Швидше, ці норми є певним доповненням до серцевини тієї чи іншої моральної доктрини, завжди пов'язаної з більш глобальними питаннями сенсу та цілей життя, у тому числі й спільного.

У зв'язку з цим менш претензійним та більш точним було б визначення цієї негативно-телеологічної нормативності не як спільного джерела моралі і права, а як «правової моралі», тобто того нормативного горизонту, який становить підвалину власне правової нормативності. Саме та частина моралі, яка спрямована на уникнення взаємних загроз і нормативність якої пов'язана з питаннями виживання, і є тим горизонтом, який визначає правову нормативність. Негативно-телеологічний характер цієї моралі наперед визначає низку її фундаментальних характеристик, які, в рамках цієї роботи, можна сформулювати лише ескізно.

По-перше, вона пов'язана з попередженням та уникненням загроз, а також із компенсацією за «реалізовані загрози», які спричинили шкоду або збиток. По суті взаємні загрози, тобто загрози, які люди можуть спричинити одне одному, є підвалинами нормативності цього типу моралі. Зв'язок правової моралі з загрозами, джерелом яких є самі люди, ставить «належне» цієї моралі у залежність від відповідного буття. Питання про зв'язок буття та належного є одним із найскладніших та суперечливих у теорії моралі, тому немає жодної можливості зупинитися на ньому в межах цієї статті. Можна лише констатувати, що нормативність правової моралі корелює із загрозами як «від-чого» її імперативів і людиною як суцям, по відношенню до буття якого ці імперативи спрямовані. Буття людини виступає тут і як джерело можливої загрози, і як потенційно вразливе щодо загроз із боку Інших.

По-друге, нормативно схоплена вразливість людського буття перед загрозами маніфестує себе у формі правових вимог, тобто у формі суб'єктивних прав. Правам висхідним чином притаманний «захисний характер», про них

заявляють «з метою захисту, у випадку очікування або загрози невинного втручання, для того щоб вказати, що таке втручання є невинним» [16, с. 8]. Отже, між загрозами та правовими вимогами існує прямий зв'язок, а тому негативно-телеологічна нормативність правової моралі надає правам пріоритетного характеру щодо зобов'язань. Така пріоритетність прав конститує одну з найприкметніших рис правової моралі, диференціюючи її від загальної моралі, але, водночас, залишаючи за нею специфічний моральний сенс спрямованості на Іншого. «Якщо з моральної точки зору ми перш за все пересвідчуємося в обов'язках, щоб лише потім виводити власні права з обов'язків інших по відношенню до нас, то сучасне право починає вже не із заповідей (“Ти повинен...”), але зі специфікації “мати право”» [17, с. 88]. У перспективі правової моралі зобов'язання є насамперед формою взаємного дотримання тих чи інших прав¹.

По-третє, як негативно-телеологічна ця мораль є «антиідеалістичною». Вона принципово «антиперфекціоністська» і не конструє ідеальні, «бажані» стани спільного буття. Вона спрямована передусім на нормотворчість, пов'язану з уникненням загроз. Звичайно, це не виключає того, що право має певні іманентні цілі, яким може бути наданий статус «ідеалів». Як правило, ці цілі мають процедурний характер і пов'язані з реалізацією самого права. Зокрема, до них відносять справедливість, безпристрасність, об'єктивність тощо. Однак ці іманентні ідеали права не змінюють його нормативної специфіки, пов'язаної з тією функцією, яку воно виконує для регулювання спільного буття людей. А функція ця спрямована не на досягнення цілей, а на уникнення певних станів спільного буття².

Чи є таким чином зрозуміла правова мораль необхідною частиною права? Або це все ж таки частина моралі, що має особливий стосунок до сфери права, стосунок, що обґрунтовує фундаментальні риси будь-якої правової системи і правопорядок як такий? Говорячи про висхідну єдність моралі та права, Г. Харт вже визнає спільність певних норм як для моралі, так і для права. Тобто, теоретично, він міг би погодитись із тезою про те, що певні фундаментальні моральні норми, пов'язані з питаннями спільного виживання, є водночас підвалинами правової системи. Разом з тим необов'язково, щоб ці норми були у повному обсязі зафіксовані позитивним законодавством. Саме тому «пізній» Г. Харт,

¹ Відносно значення для модерної філософії права пріоритетності прав щодо зобов'язань див.: [12, с. 155; 18, с. 173].

² Такий «антиідеалізм» найбільш рельєфно характеризує різницю між запропонованим визначенням «правової моралі» та «мораллю права» Л. Фуллера. Для останнього «мораль права» є «внутрішньою» щодо правової сфери. Такі її категорії, як загальний характер законів (який передбачає, що подібні випадки необхідно тлумачити однаково), промультгація (опублікування законів), ясність, несуперечливість, можливість виконання, постійність, відповідність дій посадових осіб декларованим правилам, виключний характер законів зі зворотною силою становлять внутрішні умови можливості права, його іманентну «мету», реалізація якої є реалізацією ідеї права як такого. Ми ж говоримо про правову мораль як про специфічну частину моралі, смисловий горизонт, вкорінений в інваріантних рисах спільного буття людей, що визначає основи правової нормативності, вмотивовує конституювання царини права. Тобто мова йде про два різні розуміння «моралі, пов'язаної з правом»: у першому випадку, про формальну мораль, нібито внутрішню притаманну самій царині права, у другому про мораль — як нормативний горизонт, що зумовлює змістовну визначеність фундаментальних правових норм і є первісною формою структуризації спільного буття людей. Співвідношення цих двох підходів заслуговує на окремий розгляд. Щодо огляду критичних зауважень на адресу «моралі права» Л. Фуллера див.: [19, с. 56].

погоджуючись із думкою Р. Дворкіна відносно обґрунтованості принципів права певною «фоновою мораллю», вважав, що це не суперечить позитивістській позиції визначення права без звернення до моралі [20, с. 779].

Ураховуючи неможливість, або принаймні важкість «соціологічного підтвердження» необхідності зв'язку між мораллю і правом, було б очевидніше казати про правову мораль саме як про частину моралі, а не позитивного права. Однак саме у цьому випадку позитивістська теза про відсутність концептуального зв'язку між мораллю та правом стає найбільш сумнівною. Оскільки право у своїй основі пов'язане з питаннями виживання і, більш широко, з питаннями уникнення загроз, які генеруються у спільному бутті людей, а також оскільки ці питання є по своїй суті моральними, право пов'язане з правовою мораллю як зі своєю мотиваційною підвалиною, без якої втрачається сенс правової системи як такої. Будучи вкоріненою у певному розумінні специфіки спільного буття людей, у його загрозливому і в той же час вразливому характері, правова мораль задає нормативні вимоги збереження цього самого буття, які становлять основу правової нормативності.

З наведеного вище стає зрозумілим, що необхідний взаємозв'язок моралі та права не може бути встановлений, поки обидві сфери розглядаються виключно на соціологічному, емпіричному рівні наявності та взаємопроникнення певних інститутів. Він розкривається, коли ми переходимо до опису онтологічної специфіки людського буття, до тих його інтерсуб'єктивних характеристик, які є конститутивними щодо правової сфери. Але саме ці характеристики по суті ми й зустрічаємо в описаних Г. Хартом «трузімах», а також у всій природно-правовій традиції модерну.

Таким чином, «мінімальний зміст природного права», який Г. Харт розглядає як вираз єдності моралі та права, було б коректніше інтерпретувати як специфічну правову мораль, або моральну підвалину правової нормативності. Ця мораль є негативно-телеологічною, тобто її імперативи спрямовані на уникнення загроз, які генеруються людьми у спільному бутті. Онтологічною підвалиною цієї моралі є розуміння спільного людського буття в аспектах його загрозливого і в той же час вразливого характеру. Саме ця підвалина лежить в основі різноманітних модерних теорій природного права, починаючи з Т. Гоббса. Сфера права набуває своєї значущості і стає предметно окресленою за умови розуміння конфліктності як однієї з фундаментальних рис спільного людського буття. Уникнення цієї конфліктності і становить ту «негативну мету» права, яка визначається «мінімальною», правовою мораллю.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Булыгин Е. К. Проблема обоснования прав человека / Е. К. Булыгин // Проблемы философии права. — 2006–2007. — Т. IV–V. — С. 149–152.
2. Бикс Б. О границе, разделяющей теорию естественного права и юридический позитивизм / Б. Бикс // Рос. ежегодник теории права. — 2009. — №2. — С. 69–79.
3. Решетняк С. Р. Моральный контекст в концепции права Г. Л. А. Харта: опыт анализа / С. Р. Решетняк // Вестн. Ставроп. гос. ун-та. — 2010. — № 70. — С. 84–88.
4. Булыгин Е. К. К проблеме объективности права / Е. К. Булыгин // Проблемы философии права. — 2005. — Т. III. — № 1–2. — С. 7–13.
5. Фуллер Л. Л. Мораль права / Л. Л. Фуллер. — Киев : Сфера, 1999. — 232 с.

6. *Харт Г. Л. А.* Понятие права / Г. Л. А. Харт. — СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. — 302 с.
7. *Оглезнев В. В.* Переосмысление и новая интерпретация дискуссий между Г. Л. А. Хартом и Л. Л. Фуллером и их значение для аналитической философии права / В. В. Оглезнев // Вестн. Том. гос. ун-та. — 2010. — № 330. — С. 55–59.
8. *Харт Г. Л. А.* Позитивизм и разграничение права и морали / Г. Л. А. Харт // Правоведение. — 2005. — № 5. — С. 104–136.
9. *Гоббс Т.* Философские основания учения о гражданине / Т. Гоббс. — Мн. : Харвест, М. : АСТ, 2001. — 304 с.
10. *Гьоффе О.* Політична антропологія в особливому полі уваги права / О. Гьоффе // Вибрані статті. — К. : Укр. філос. фонд, 1998. — 104 с.
11. *Хабермас Ю.* Вовлечение Другого. Очерки политической теории / Ю. Хабермас. — СПб. : Наука, 2001. — 415 с.
12. *Strauss L.* The Political Philosophy of Hobbes / L. Strauss. — Chicago : The University of Chicago Press. — 1984. — 172 p.
13. *Strauss L.* Spinoza's Critique of Religion / L. Strauss. — Chicago : The University of Chicago Press. — 1997. — 327 p.
14. *Йонас Г.* Принцип відповідальності / Г. Йонас. — К. : Лібра, 2001. — 400 с.
15. *Кант И.* Метафизика нравов / И. Кант // Соч. : в 8 т. — Т. 6. — М. : Чоро, 1994. — 613 с.
16. *Харт Г. Л. А.* Существуют ли естественные права? / Г. Л. А. Харт // Philosophical Review. — 64 (1955). — P. 175–91. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://kant.narod.ru/hart.htm>.
17. *Хабермас Ю.* К архитектонике дифференциации дискурсов / Ю. Хабермас // Между натурализмом и религией. — М. : Весь Мир, 2011. — С. 76–96.
18. *Штраус Л.* Естественное право и история / Л. Штраус. — М. : Водолей-Publisher, 2007. — 312 с.
19. *Козлихин И. Ю.* Процессуальная концепция права Лона Фуллера / И. Ю. Козлихин // Правоведение. — 1993. — № 2. — С. 53–58.
20. *Касаткин С. Н.* «Постскрипtum» к «Понятию права» Г. Харта / С. Н. Касаткин // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 753–786.

Зимовець Р. В. Природне право і правова мораль. До питання співвідношення моралі та права у «Понятті права» Г. Харта

Анотація. Стаття присвячена аналізу концепції природного права, представленій в роботі Г. Л. А. Харта «Поняття права», та тим наслідкам, які випливають із неї, для визначення співвідношення права та моралі. Обґрунтовується доцільність мислити «мінімальний зміст природного права» Г. Л. А. Харта не як спільне джерело моралі та права, а як специфічну правову мораль, яка окреслює нормативний горизонт, що лежить в основі правової нормативності. Доводиться, що наслідки концепції природного права, представленій у «Понятті права», всупереч інтенції самого автора, вказують на концептуальний зв'язок моралі та права, який маніфестує себе на онтологічному рівні специфічних рис спільного людського буття, що конституують правову мораль та відповідну їй сферу права.

Ключові слова: природне право, юридичний позитивізм, правова мораль, телеологія, онтологія.

Зимовець Р. В. Естественное право и правовая мораль. К вопросу о соотношении морали и права в «Понятии права» Г. Харта

Аннотация. Статья посвящена анализу концепции естественного права, представленной в работе Г. Л. А. Харта «Понятие права», и тем следствиям для определения соотношения морали и права, которые вытекают из данной концеп-

ции. Обосновывается целесообразность интерпретации «минимального содержания естественного права» Г. Л. А. Харта не как общего источника морали и права, а как специфической правовой морали, очерчивающей нормативный горизонт, лежащий в основе правовой нормативности. Доказывается, что следствия концепции естественного права, представленные в «Понятии права», вопреки интенции самого автора, указывают на концептуальную связь морали и права, которая манифестирует себя на онтологическом уровне специфических черт совместного человеческого бытия, конституирующих правовую мораль и соответствующую ей сферу права.

Ключевые слова: естественное право, юридический позитивизм, правовая мораль, телеология, онтология.

Zymovets R. Natural Law and Morality of Law. Morality and Law in «Concept of Law» by H. Hart

Summary. Article is dedicated to analysis of natural law theory, which was represented in «Concept of Law» by H. L. A. Hart, and the consequences that follow from this theory for definition of morality, law and its relations. Author proves the relevance to consider the «minimum content of natural law» not as the common source of morality and law but as a specific morality of law, which delineate the normative horizon, underlying the law normativity. In this sense, the consequences of natural law concept, represented in «Concept of Law», contrary to Hart's intention, indicate necessary connection between morality and law, which manifest itself on ontological level of specific features of common human being, which constitute morality of law and its respective law sphere.

Key words: natural law, legal positivism, morality of law, teleology, ontology.

ПОЗИТИВІСТСЬКА ДОКТРИНА ПРАВОВОЇ НЕВИЗНАЧЕНОСТІ (на прикладі вчень Г. Кельзена та Г. Харта)¹

С. КАСАТКІН
*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри методології
та філософії права
(Самарська гуманітарна академія, Росія)*



Об'єктом дослідження в цій статті виступає теза про правову невизначеність, що в сучасному західному правознавстві часто розглядається як елемент концептуального ядра позитивізму (поряд із тезами соціального факту, конвенціональності та розмежування моралі та права) [12; 8; 3; 4], а отже, є однією з найбільш дискусійних і значущих проблем для юридичної теорії та практики. У зв'язку з цим у статті ми звернемося до аналізу вчень двох ключових авторів юспозитивізму ХХ ст. — Г. Кельзена та Г. Харта, у працях яких зазначена теза набула свого найбільш розгорнутого вияву. Ми розглянемо запропоновані авторами трактування правової (нормативної) невизначеності, слідуючи від чистого вчення Г. Кельзена, як більш ранньої версії тези правової невизначеності, і концепції Г. Харта (інтерпретованої в світлі ідей Кельзена й у вигляді їх можливого та/або альтернативного продовження) та далі, до зіставлення позицій цих авторів і їх загальної оцінки.

Концепція права та правової невизначеності Г. Кельзена². Розвиваючи, критикуючи та переосмислюючи попередні (у тому числі позитивістські) витлумачення права та юридичної науки ХІХ ст., австрійський правознавець Ганс Кельзен (1881–1973) у першій половині ХХ ст. виступає з проектом «чистої» науки або вчення про право [19; 4; 6] — всезагальної описової морально-нейтральної теорії права, звільненої від «домішок» не лише теоретичних і практичних міркувань про належне право (від відповідних ціннісних, моральних, політичних, метафізичних та інших міркувань), а й від різноманітних причинно-фактологічних — історичних, соціологічних, психологічних тощо — аспектів дослідження суспільних правопорядків [19, с. 114 і далі; 4, р. 1 ff]. Чиста теорія розуміється Г. Кельзенем як автономізована самореферентна наукова дисципліна із власною предметністю, мовою та методологією, що використовує

¹ Переклад з російської С. Прийми.

² Слід відзначити, що у викладенні базових поглядів Г. Кельзена ми насамперед орієнтуємося на класичну концепцію автора, залишаючи за межами аналізу їх зміни у пізніх роботах мислителя [5; 7; 10].

виключно юридичні підстави та критерії при будіванні власних понять і тверджень. В її основі — трактування права як феномену Належного, а не Суцього, як деонтичного позитивного й нормативного явища, що замкнуте на собі та задає/засновує витлумачення («схему інтерпретації») всіх інших положень справ (включаючи акти людської поведінки). Унаслідок цього базовим принципом і «методологічною формою» юридичної науки у Г. Кельзена виступає положення, що відмежовується та протиставляється причинності як принципу і «методологічній формі» природничих наук. Щодо цього, навіть виступаючи описанням діючих соціальних правопорядків та експлікацією традиційних міркувань професійних юристів і методів позитивістського (догматичного) правознавства [4, р. 204–205], чиста теорія багато в чому виступає саме як конструктивна дисципліна, націлена на їх переосмислення та критику (деідеологізацію, деесенціалізацію та релятивізацію), на вироблення ідейно-методологічного та практико-лінгвістичного інструментарію найкращої (самореферентної, суворої, єдиної та несуперечливої) репрезентації систем чинного права — на створення/пошук граничної (і в певному сенсі апріорної), універсальної (чистої, формальної, застосовної до будь-якого приватного правопорядку) логіки нормативного міркування, ідеальної мови суджень про право [19; 4; 13; 20; 10].

Із цих позицій Г. Кельзен пропонує власне трактування/реконструкцію права. Відштовхуючись від неокантіанської дихотомії Суцього та Належного (природи та культури, факту й цінності тощо), вчений осмислює право як специфічний деонтичний феномен. Правова норма — це належне (його формулювання, імператив та ін.), вона визначається не через своє існування (на кшталт природних фактів), а через дійсність, тобто статус у межах — що має мінімум ефективності — соціального правопорядку. У контексті чистого вчення вона вважається Г. Кельзеном деонтичним відношенням умови та слідства, вказівкою посадовій особі застосовувати санкції у разі настання певних обставин, схемою витлумачення явищ суцього та поставлення йому нормативних характеристик і наслідків [4, ch. 1; 20; 11]. Щодо права в цілому, то в межах чистої теорії Г. Кельзена воно розуміється як примусовий нормативний порядок, ієрархія чи ступенева структура (*Stufenbau*), у межах якої кожна норма (нормативне твердження) має більш загальне/високе нормативне посилення та в підсумку підноситься до основної норми (*Grundnorm*) [4, р. 198–199]. Остання виступає у автора певною трансцендентально-логічною гіпотезою (або, як у більш пізніх працях, фікцією чи, далі, ймовірним велінням імовірного законодавця), що складає граничну точку деонтичного порядку/міркування та критерій дійсності (для) будь-якого належного йому стандарту. На думку вченого, основна норма має бути постульована з метою забезпечення несуперечливості нормативного міркування та провадження — на противагу критикованому ним виведенню Належного з Суцього (таким чином, у проекті «чистого» вчення про право основна норма констатує початок та/або межу можливих правознавчих міркувань) [4, ch. 4]. Право розглядається вченим поза зв'язком із мораллю [19, s. II; 4, ch. 2], а ключовим у праві називається саме формальний/статусний момент: визнаючи можливість або наявність змістовної дійсності положення («статичний принцип»), тобто відповідності вищій нормі за змістом, автор вважає її вторинною та контингентною стосовно формальної (структурної) дійсності («динамічний принцип»), тобто відповідності вищій нормі з точки зору формальних параметрів її створення (уповноваженості суб'єкта, форми та процеду-

ри нормотворчості), котра є необхідною для правопорядку, що надає йому якості динамічної та в певному сенсі самовідтворюваної системи [4, ch. 4].

У світлі зазначеного уявлення про системну/ієрархічну й водночас конструктивну/інтерпретативну природу права Г. Кельзен і вибудовує свою доктрину юридичної невизначеності (у тому числі стосовно судового рішення). При цьому щодо актів створення/застосування правових норм тут одночасно стверджується і теза визначеності, і теза невизначеності.

Отже, право, на думку Г. Кельзена, становить нормативний порядок — за якого дійсність («об'єктивний» чи інституціональний сенс) правової норми похідна від іншої норми вищого рівня, — а також відповідний до цього спосіб міркування та процес конструювання правових приписів. У цьому контексті судові рішення розуміється Г. Кельзеном як повноцінна частина права — індивідуальна норма, що (на кшталт загальної норми закону, проте на іншому рівні абстрактності) встановлює зв'язок розглядуваного факту та нормативного слідства, яке надається йому правопорядком [19, с. 177–178]. При цьому вчений заявляє те, що можна назвати *тезою нормативної визначеності або заданістю судового рішення*. Винесення останнього уявляється окремим випадком інтелектуальної/духовної правотворчої діяльності як руху по ланцюжку деонтичного міркування від вищої сходинки до обумовленої нею нижчої сходинки (як, наприклад, у типовій ситуації застосування й тлумачення закону, коли суддя має відповісти на питання про те, як, застосовуючи загальну норму (закон) до конкретного матеріального факту, можна дійти до відповідної індивідуальної норми (судового рішення)) [19, с. 186–188]. Судові рішення, таким чином, завжди є *довизначенням* вищих нормативних посилок, конкретизацією й індивідуалізацією правопорядку стосовно кваліфікованої предметності/подієвості, щодо розглядуваного випадку [19, с. 187–188]. При цьому, відповідно до позиції автора, зазначена детермінація може бути як формальною, пов'язаною із встановленням суб'єктів, процедур і форм створення нижчої правової норми, так і змістовною (що відповідає раніше виокремленим динамічному та статичному принципам організації правопорядку). Стосовно судового рішення, за Г. Кельзеном, застосовуються у збалансованому вигляді обидва варіанти такої регламентації [19, с. 187–188].

Теза нормативної заданості судового рішення включає у Г. Кельзена і *тезу безпрогальності права* (юридичної регламентації) і відповідно *безпрогальності нормативних підстав судового рішення*. Останнє завжди так чи інакше (юридично) нормативно задане. Ця позиція вченого, у свою чергу, базується, по-перше, на вже позначених ідеях системності/ієрархічності права (змістовній і формальній детермінації), його інтерпретативності/конструктивності; по-друге, на ідеї існування (поряд із позитивним) *негативного правового регулювання*. Якщо при позитивній регламентації право прямо забороняє той чи інший тип поведінки (пов'язуючи з ним несприятливі нормативні наслідки/санкції), то при негативній регламентації право не містить певної заборони та (виходячи з принципу «усе, що не заборонено, дозволено») тим самим допускає відповідну поведінку (встановлює адекватне їй суб'єктивне право) [4, р. 15–17].

Звідси, на думку Г. Кельзена, неможлива істинна прогалина, тобто ситуація, за якої відсутнє більше посилення юридичного силогізму (норма), що виключає розв'язання правового спору [19, с. 195–196 і далі]. Це стосується трьох класичних варіантів «прогалини», що досліджуються вченим:

1) відсутність — «непередбачуваність законодавцем» — чітко сформульованої правової норми для випадку, що розглядається (умовно, «звичайна» прогалина) [19, с. 197–198];

2) відсутність регламентації окремих технічних/процесуальних аспектів реалізації встановленої норми («технічна» прогалина) [19, с. 198];

3) наявність чітко прописаної норми, котра, однак, вважається (правозастосовцеві та ін.) несправедливою, безглуздою, непрактичною тощо (те, що пізніше отримало назву «аксіологічної» прогалини) [19, с. 196–197; 9, с. 72–75].

За Г. Кельзенем, в усіх цих ситуаціях існує лише уявна прогалина, адже в перших двох випадках відсутність детальної регламентації може бути ліквідована через звернення до інших стандартів правопорядку та через використання розсуду. У третьому ж випадку взагалі йдеться про зовнішню щодо права оцінку, котра не має юридичного значення (хоча й може відігравати важливу практико-політичну роль у правовому регулюванні) [19, с. 196–197, 198–200].

Дотримуючись тези нормативної заданості судового рішення, Г. Кельзен, у той самий час, відстоює і протилежну їй *тезу правової не(до)визначеності*. Вчений розбирає три групи ситуацій юридико-нормативної невизначеності (три групи породжуючих її причин):

1) навмисна невизначеність (яка залишена правотворчою інстанцією для подальшої конкретизації): до неї відносять випадки делегованої правотворчості, надання судді повноважень із вибору покарання в тих межах, що встановлені санкцією кримінально-правової норми, тощо [19, с. 188];

2) ненавмисна невизначеність: до такої відносять випадки незрозумілості використаних у нормі слів і фраз, невідповідності мови нормі та волі правотворчого суб'єкта, а також колізій між нормами [19, с. 189];

3) «уявна» визначеність.

Останній випадок має особливе значення, оскільки він наголошує на фундаментальності права та є найбільш показовим щодо авторської тези невизначеності права та підстав судового рішення. Хоча, як відзначалося, у межах правопорядку норми нижчого ступеня (або ж акти конструювання норм нижчого рівня) зумовлені нормами (актами конструювання норм) вищого ступеня/рівня, така детермінація, згідно з Г. Кельзенем, не має — і не може мати — абсолютного, вичерпного характеру, завжди залишаючи відкритим ціле коло питань [19, с. 187–188]. Виходячи з наведеного, причинами цього є «властивості самої норми»: залежність її реалізації від Суцього (зовнішніх обставин), неможливість (об'єктивна та суб'єктивна) для суб'єкта правотворчості заздалегідь передбачити всі можливі майбутні ситуації та, як наслідок, неможливість для норми бути обов'язковою для всіх обставин регульованого питання/розглядуваної справи. Таким чином, норма (у цьому разі вища норма, що детермінує ухвалення судового рішення) завжди є «рамкою/схемою», котра підлягає наповненню за допомогою відповідного акта, а визначеність, що, як уявляється, існує у великій множині юридичних ситуацій та утворює основу традиційної правової теорії (формалізму, догматики), є лише ілюзорною [19, с. 194–195 та ін.].

Звідси, у свою чергу, впливає низка інших положень учення Г. Кельзена:

1) авторська *теза про (суддівський) розсуд* як спосіб поведінки з правовою невизначеністю (точніше про його необхідність та повсюдне поширення) [19, с. 187–188, 193–194 та ін.];

2) теза про перетин правотворчості та правозастосування, поєднання в акті судового рішення створення індивідуальної норми та реалізації норми вищого порядку [19, с. 177–178 та ін.];

3) теза про відсутність у праві єдино правильної відповіді, а отже, про відсутність критерію/методу її ідентифікації (відбору) серед можливостей, закладених рамками норми, та про недостатність тлумачення як суто інтелектуальної (пізнавальної, логічної тощо) діяльності (відшукання та розкриття передзаданої відповіді) для належної конкретизації вищих правових норм при винесенні судового рішення (яке передбачає діалектику інтелекту й волі, логіки та політики, тобто застосування власного розсуду) тощо [19, с. 190–194].

Концепція права та правової невизначеності Г. Харта. Британський філософ права післявоєнного часу Герберт Л. А. Харт (1907–1992) розвиває близьку до кельзенівської концепцію аналітичної юриспруденції. З одного боку, Г. Харт пропонує вчення загального та морально-ціннісно-нейтрального характеру, що зосереджене на осмисленні права, як воно є, тобто на так званій «аналітичній» юриспруденції (на протигагу юриспруденції «нормативній», ціннісно-ангажованій, обґрунтуванню права, яким воно має бути), з другого — розмірковує в руслі аналітичної лінгвістичної філософії, виступаючи з описанням права як феномену соціальності, як реконструкції (упорядкування) поняття права, що визнається й практикується у спільноті, на базі аналізу відповідного слововжитку [21; 2; 1; 16; 14].

Переосмислюючи погляди І. Бентама, Дж. Остіна — а така само і Г. Кельзена — в аспекті ідей філософського аналізу мови, Г. Харт будує своє вчення на базі поняття правила (*rule*), пропонуючи його відмінне тлумачення від концепції норми австрійського правознавця. Г. Харт відмежовує правило як від підкріпленого санкціями наказу суверена (за походженням, сферою поширення та змістом — правило не зводиться до встановлення обов'язку та санкції), так і від звички/поведінкового узвичаєння (за наявністю «внутрішнього» аспекту — позиції членів спільноти, які приймають правило як стандарт (власної та чужої) поведінки, підстави схвалення та осуду, — на протигагу «зовнішній» точці зору спостерігача (або «бандита»/«поганої людини» (*bad man*)), який, не розділяючи норму, лише встановлює ймовірні зв'язки між її порушенням і застосуванням заходів відповідальності) [2, ch. 2–4]. У цьому контексті саме право трактується філософом як система первинних і вторинних правил, тобто норм, що покладають обов'язки, та метанорм (правил про правила), що наділяють владою, забезпечують збереження та відтворення правил першого порядку — правил визнання, зміни та (судового) рішення (*adjudication*) [2, ch. 5]. Особлива роль відводиться Г. Хартом правилу визнання (своєрідному аналогу «*Grundnorm*» Г. Кельзена): воно визначає форми правотворчості, виступає вищим і остаточним критерієм юридичної дійсності будь-якого положення/акта в системі, забезпечує прийнятну цілісність і узгодженість регулювання та, на відміну від звичайних правил, має специфічний модус існування (котрий є питанням факту, а не дійсності), що проявляється в узгодженій практиці судів і посадових осіб щодо встановлення та відтворення того, що є правом у спільноті. Саме правило визнання виступає тим соціальним (арте)фактом, який формує розрізнення правового та неправового і констатує громадський правопорядок [2, ch. 6, 5]. Подібно Г. Кельзену, Г. Харт вважає, що ідентифікація права, котре розуміється таким чином, можлива без звернення до

моралі, заперечуючи при цьому наявність (необхідного) зв'язку права з мораллю як на рівні правопорядку в цілому (критеріїв юридичного, що практикуються), так і на рівні визначення конкретної правової норми та прийняття офіційного рішення (юридична сила яких може пов'язуватися виключно з їх походженням). Водночас Г. Харт відстоює позицію «м'якого» або включаючого позитивізму (тобто «тезу включення»), допускаючи можливість існування правових систем, де відповідність норми/рішення субстанціональним цінностям або моральним принципам і обмеженням установлюється правилом визнання як підстава/критерій їх юридичної сили [2, ch. 8–9; 16].

Важливим елементом концепції британського філософа є також його вчення про правову невизначеність, причому підсумкові позиції автора багато в чому відтворюють ключові тези відповідного вчення Г. Кельзена (базуючись, проте, на інших методологічних і теоретичних підставах). За Г. Хартом, право є частково невизначеним, що обумовлено природою самої мови як діяльності, котрій — в силу соціального зв'язку знаку з референтом і різної міри стійкості/звичності ситуацій та розробленості мовних засобів — властиві ясні та граничні випадки використання знаку/терміна/правила («ядро» та «напівтінь» значення), а отже, невизначеність («відкрита структура») останніх при застосуванні щодо нових або нетипових ситуацій. Усе це породжує (для судді тощо) необхідність вибору між альтернативами, тобто використання розсуду. Г. Харт, отже, міркує так: невизначеність терміна/(юридичної) мови → невизначеність (юридичного) правила (→ невизначеність права) → судовий розсуд (обмежена чи «проміжна» правотворчість). Постійне відтворення проблемних ситуацій, не охоплених мовними ресурсами, робить розсуд неминучим (притому, що він має підрядний статус у правовій системі — за частотою та спиранням на зрозумілі випадки використання) [2, ch. 7; 18; 17; 15].

На продовження свого базового міркування Г. Харт вказує на соціальну/юридичну виправданість судового розсуду (попри його недоліки і можливі крайнощі), пов'язану із загальними функціями права — здійсненням суспільних цілей та цінностей у різноманітних та змінюваних умовах: обмеження розсуду здійснюється тут через належне поведіння з невизначеністю, підтримання рівноваги між потребою в передумовці чітких інструкцій щодо поведінки та потребою у відстроченому розв'язанні проблем, що адекватно вирішуються лише у разі їх виникнення у конкретних умовах [2, p. 129–131 ff].

Позитивістський погляд на правову невизначеність: порівняння позицій Г. Кельзена і Г. Харта. З усього вищенаведеного видно, що обидва автори заявляють подібні позиції, розділяючи низку положень юспозитивістської концепції невизначеності. Зокрема, і Г. Кельзен, і Г. Харт:

- 1) визнають неминучість невизначеності у праві;
- 2) трактують невизначеність як питання ступеня (для Г. Кельзена правова норма визначає «рамку», всередині якої можливі різноманітні рішення, для Г. Харта визначеність пов'язана із зрозумілим випадком слововживання («ядром» значення), а невизначеність пов'язують із випадком проблемним, граничним («напівтіню»));
- 3) виокремлюють подібні фактори, що обумовлюють невизначеність (наприклад, властивості нормативного інструментарію, базові обмеження у знанні/передбаченні факту та в досягненні мети в непередбачених обставинах, випадки навмисної невизначеності/відкритості регулювання тощо);

4) вказують на існування та необхідність розсуду в праві, а отже, на використання аргументів, так чи інакше «зовнішніх» щодо чинного права;

5) допускають відсутність єдино правильного результату справи (для Г. Харта — у деяких випадках, для Г. Кельзена — в усіх) і вказують на відповідні повноваження посадових осіб у винесенні (остаточного) рішення.

Незважаючи на це, у поглядах Г. Кельзена і Г. Харта існують і значні розбіжності. Так, автори розрізняються:

1) у методологічних проектах обґрунтування позитивістського бачення права (нормативна наука про право у Г. Кельзена, що реконструює логіку (апріорну «методологічну форму», ідеальну мову) нормативного міркування, притаманні їй можливості та обмеження; і описове вчення про право у Г. Харта, що реконструює ключові елементи його поняття та досліджує відповідні соціальні практики);

2) у розумінні витоків правової невизначеності («відкрита структура» мови у Г. Харта та радше плюралістичне витлумачення причин невизначеності у Г. Кельзена, де, з одного боку, лінгвістична відкритість є лише одним із джерел нормативної невизначеності, з другого — на роль базової/інтегральної основи останньої претендують властивості самої правової норми);

3) в обумовлених цим наслідках для права, у мірі радикалізації правової невизначеності (невизначеність як питання ступеня/вжитку у Г. Харта і як ілюзорність, самообман у Г. Кельзена);

4) у характеристиці регулятивних властивостей норми та в оцінці поведінки, що відповідає нормі (якщо для Г. Харта правова поведінка традиційно задається правилом і базується на зрозумілих/типових випадках його розуміння та здійснення, то Г. Кельзен не заявляє подібних тез, наголошуючи лише на існуванні певних обмежень, що можуть мати мінімальний/гранично загальний характер і не бути скільки-небудь значущими для детермінації дій);

5) у співвіднесенні з сучасними суперечками про правову невизначеність (якщо Г. Кельзен критикує традиційний формалізм/юриспруденцію понять і частково американський правовий реалізм/нормативний скептицизм, намагаючись зайняти найбільш абстрактну, універсальну позицію, то Г. Харт сперечається не лише з формалізмом і з різними версіями скептицизму, а й із доктринами природно-правового толку (ідеями Л. Фуллера, Р. Дворкіна та ін.), відстоюючи щодо них «серединну» чи помірну точку зору).

Ці та інші розбіжності у поглядах авторів, з одного боку, породжують різні акценти в їх теоретичних студіях та різний ступінь їх практичної, політико-ідеологічної та соціокультурної застосовності, а з другого — обумовлюють їх відому взаємодоповнюваність у межах загального (і позитивістського) бачення права та юридичної невизначеності (навіть незважаючи на те, що пізніша концепція Г. Харта уявляється більш адаптованою до альтернативних трактувань правової невизначеності та розсуду другої половини ХХ ст., що є критичними стосовно доктрини юспозитивізму).

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy* / H. L. A. Hart. — Oxford, 1983.
2. *Hart H. L. A. The Concept of Law* / H. L. A. Hart. — 2nd ed. with Hart's Postscript / Eds. P. Bulloch, J. Raz. — Oxford, 1994.

3. *Himma K. E.* Judicial Discretion and The Concept of Law / K. E. Himma // Oxford Journal of Legal Studies. — 1999. — Vol. 19. — Pp. 71 ff.
4. *Kelsen H.* General Theory of Law and State / H. Kelsen. — Cambridge, Ma., 1949.
5. *Kelsen H.* General Theory of Norms / H. Kelsen. — Oxford, 1991.
6. *Kelsen H.* Pure Theory of Law / H. Kelsen. — 2nd revised. — Berkeley, CA., 1970.
7. *Paulson S. L.* Kelsen's Legal Theory: The Final Round / S. L. Paulson // Oxford Journal of Legal Studies. — 1992. — № 12. — Pp. 265–274.
8. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Р. Алекси. — М., 2011. — 192 с.
9. *Альчуррон К. Э.* Нормативные системы / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права ; под ред. Е. Н. Лисанюк. — СПб., 2013.
10. *Антонов М. В.* Чистое учение о праве: варианты перевода и интерпретации / М. В. Антонов // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 512–524.
11. *Антонов М. В.* Язык правовой доктрины (в правовой концепции Ганса Кельзена) / М. В. Антонов // Знаково-символическое бытие права. XI Спиридоновские чтения. — СПб., 2013. — С. 181–199.
12. *Дворкин Р.* О правах всерьез / Р. Дворкин. — М.: Рос. полит. энцикл. (РОССПЭН), 2004. — 392 с.
13. *Иештедт М.* Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена / М. Иештедт // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 531–569.
14. *Касаткін С. М.* Позитивізм у англо-американській філософії права. Вчення Герберта Л. А. Харта / С. М. Касаткін // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 300–313.
15. *Касаткин С. Н.* «Злоупотребление логикой» в судебном решении: полемика формализма и реализма в интерпретации Г. Л. А. Харта / С. Н. Касаткин // Проблемы методологии и философии права: сб. статей междунар. кругл. стола / под общ. ред. С. Н. Касаткина. — Самара, 2014. — С. 78–86.
16. *Касаткин С. Н.* Постскрипtum к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта / С. Н. Касаткин // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 753–785.
17. *Касаткин С. Н.* Проблема нормативных оснований судебного решения: концепция правовой неопределенности Г. Харта и ее критики / С. Н. Касаткин // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Міжнародного «круглого столу». — Львів, 2013. — С. 220–240.
18. *Касаткин С. Н.* Проблема судейского усмотрения в полемике Харта и Дворкина: линии аргументации и методологические истоки спора / С. Н. Касаткин // Правоведение. — 2012. — № 3. — С. 11–34; № 4. — С. 10–33.
19. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / Г. Кельзен // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. — СПб., 2014. — С. 107–240.
20. *Полсон С.* Нормативизм Ганса Кельзена / С. Полсон // Правоведение. — 2012. — № 6. — С. 158–175.
21. *Харт Г.* Позитивизм и разграничение права и морали / Г. Харт // Правоведение. — 2005. — № 5. — С. 104–136.

Касаткін С. М. Позитивістська доктрина правової невизначеності (на прикладі вчень Г. Кельзена та Г. Харта)

Анотація. Стаття присвячена характеристиці позитивістської концепції правової невизначеності ХХ ст. Така концепція розглядається на базі вчень про право та невизначеність двох стовпів позитивізму: Ганса Кельзена та Герберта Харта.

У статті систематизуються їхні відповідні погляди, даються їх порівняльний огляд і оцінка.

Ключові слова: юридичний позитивізм, правова невизначеність, прогалина у праві, судовий розсуд, Г. Кельзен, Г. Харт.

Касаткин С. Н. Позитивистская доктрина правовой неопределенности (на примере учений Г. Кельзена и Г. Харта)

Аннотация. Настоящая статья посвящена характеристике позитивистской концепции правовой неопределенности XX ст. Такая концепция рассматривается на базе учений о праве и неопределенности двух столпов позитивизма: Ганса Кельзена и Герберта Харта. В статье систематизируются их соответствующие взгляды, даются их сравнительный обзор и оценка.

Ключевые слова: юридический позитивизм, правовая неопределенность, пробел в праве, судебское усмотрение, Г. Кельзен, Г. Харт.

Kasatkin S. Positivist Doctrine of Legal Indeterminacy (Basing on Conceptions of H. Kelsen and H. Hart)

Summary. The article is focused on the XX century positivist conception of legal indeterminacy. This conception is examined on the grounds of doctrines about law and indeterminacy proposed by the two leading figures in positivism: Hans Kelsen and Herbert Hart. Their relevant views are systematized and a comparative consideration and assessment is given.

Key words: legal positivism, legal indeterminacy, legal gap, judicial discretion, H. Kelsen, H. Hart.

«ОНТОЛОГІЧНЕ РОЗРІЗНЕННЯ» М. ГАЙДЕГГЕРА: ЕПІСТЕМОЛОГІЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ У ПРАВОЗНАВСТВО

О. ТКАЧЕНКО
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права,
адміністративного і фінансового права
(Київський міжнародний університет)*



Питання про саме буття –
це одночасно питання про небуття і ніщо.
М. Гайдеггер

Via negativa

Незважаючи на всі відмінності і незчисленні варіації смислового поля правознавства, воно й досі залишається монолітним в одному аспекті, який наразі набуває вирішального значення для подальшої характеристики його інтелектуального статусу, й експлікація якого, незважаючи на спроби, що здійснювались останнім часом, є, на наш погляд, незадовільною. Указана єдність правознавства полягає у редукції його до предметності, тобто сфери знання, наявного смислу. Сфера пізнання — творення нового смислу конвенційно виводиться «за дужки». Утім це не означає елімінації, це лише висвічує віру юристів у відсутності правового пізнання як самостійного дискурсу. Ця віра завжди створювала інтелектуально комфортне середовище, оскільки маніфестувала правознавство лише як окремий регіон сушого, філософсько-методологічне осмислення якого не є справою самих юристів, оскільки каноном європейської раціональності до минулого сторіччя було усвідомлення інтелектуального універсуму як поєднання двох сфер: сфери імпорту філософських смислів і сфери їх експорту. Остання мала трансцендентний характер і характеризувалася недосяжністю і незмінністю, будь-які філософські інновації, які б мали лише дисциплінарний (наприклад, виключно юридичний) характер, виключалися.

Ця схема безумовно характеризує правознавство впродовж всієї його відокремленої від інших сфер діяльності історії, тобто починаючи з глосаторів. Таке

ставлення юристів до філософії можна назвати референтним, його формулою є усталена назва окремої дисципліни: «філософія права» — тобто сегмент дисциплінарної активності, який і має продемонструвати канали імпорту готових і зовнішніх відносно права філософських смислів, й механізм їх адаптації.

Указане ставлення юристів до філософського мислення як до зовнішнього залишається інваріантою правознавства, воно навіть перевершує трансформаційні процеси наукового мислення. Інакше кажучи, відношення до філософського смислу як до референта залишається незмінним як за умов класики, так і некласики і постнекласики. Відбувається лише перегрупування матерії змісту, процесуальності мислення не виникає.

Це означає, що юриспруденція обирає те, що римляни називали *via negativia* — шлях самообмеження. Мантрою залишається у кращому випадку уявлення про деякий міцний фундамент, репродукція якого є достатньою для актуального і релевантного висловлювання, у гіршому — взагалі ігнорування філософської проблематики з тих підстав, що всі філософські проблеми або давно вирішені, або не мають безпосереднього стосунку до права.

Квінтесенцією такого самообмеження правознавства відносно філософської рефлексії може служити таке міркування відомого вітчизняного філософа права М. Костицького: «Чим юристи користуються? Формальною логікою? Так це було ще в логіці Арістотеля! То який юристи метод придумали? Ніякого. Жодного за три тисячі років! А якщо так, то вони користуються чужим інструментом, інструментом філософів, які бачать далі і глибше» [2, с. 17].

Зовнішнє епістемологічне розрізнення

Питання можна було б сформулювати таким чином: чи може філософський смисл не бути референтом для правознавства? Чи можливе не репродуктивне (реплікуюче), а продуктивне філософське мислення у межах самого правознавства, яке б було особливим і відмінним від філософських дискурсів у інших дисциплінах? Однак наразі на кону стоїть значно більше! Ствердна відповідь вже має випереджати ці питання, оскільки в іншому випадку немає запитуючого. Якщо правознавство не трансформує свій інтелектуальний простір із формату «філософії права» у формат «права-як-філософії», його просто не буде як самостійної інтелектуальної реальності. Юристи, суди і вся інша інфраструктура, звісно, залишиться, однак за цим не буде стояти свого власного доступу до осмислення світу, свого власного образу світу, а залишиться лише механіка процедур.

Це пов'язано з таким явищем сучасності, як «делокалізація» філософії, що засвідчує радикальну реконфігурацію простору європейської раціональності, згідно з якою концепти позбавляються самодостатності й апріорної філософічності. Філософія стає режимом дискурсної процесуалізації мислення, що здійснюється в межах окремих дисциплін, зокрема правознавства. Тому наповнення права філософським змістом стає завданням самого правознавства, яке здійснюється не через трансляцію, а через зовнішнє епістемологічне розрізнення. При цьому «зовнішність» вказує скоріше на генезу, а не смислову актуальність. Інакше кажучи, для того щоб скластися як філософський дискурс, правознавство має трансформувати, «переплавити» весь корпус концептуальної інфраструктури європейської раціональності, здійснити заломлення його крізь свою особливу перспективу конструювання світу.

У світлі цього засадничого завдання особливого значення набуває інтеграція до правознавства концепту «онтологічного розрізнення» німецького філософа М. Гайдеггера. Не буде перебільшеним твердження, що якщо політично ХХ ст. почалося 1914 р. із початком Першої світової війни, то інтелектуальним його початком є публікація 1929 р. статті М. Гайдеггера «Що таке метафізика?», каркасом якої й була ідея розрізнення сущого і буття як єдина можливість збереження мислення, а отже, і відповідність людини своїй суті.

У вітчизняній літературі наявна спроба «юридичного прочитання» ідеї онтологічного розрізнення. Мова йде про концепцію темпоральної онтології О. Стовби. Подальший виклад буде присвячено як спробі критичного осмислення цієї концепції, так і експозиції альтернативної стратегії організації інтелектуального простору правознавства у світлі вказаного концепту німецького філософа.

Метафізичність онтологізації темпорального

Два розуміння трансценденції. О. Стовба акцентує увагу, що час може стати предметом правової рефлексії лише за умови послідовного здійснення у правознавстві онтологічного розрізнення. Однак запропонований механізм такого здійснення викликає у нас заперечення. За його словами, «відмінність між буттям і сущим стає несподівано актуальною для правознавства, оскільки ми помічаємо той очевидний факт, що таке «правове» суще, як закон або суд, завжди може виявитися «неправом», втіленням репресій і свавілля» [3, с. 97]. І далі, «суще стає правовим, оскільки воно набуває правового модусу буття. Тим самим у поле нашого зору входить буття права, яке не є правовим сущим, але обумовлює правовий статус всякого сущого, що є як правове» [3, с. 97].

Передусім варто сказати, що представлення онтологічного розрізнення як *відмінності* між сущим і буттям значною мірою елімінує складність їх співвідношення і обмежує можливості набуття правовим мисленням філософського статусу. Детальніше про це мова піде нижче. Наразі ж виокремимо такі смисли, які зчитуються з наведених міркувань.

По-перше, маніфестація, зовнішній вияв онтологічного розрізнення проголошується *очевидним фактом*. Посилання на очевидність має метафізичну конотацію, оскільки сама метафізика як стиль мислення побудована на «метафорі світла». За словами польського дослідника К. Михальського, «думка, що використовує метафору світла, передбачає, що місцем істини є суще, і це суще, оскільки воно очевидне, є істинним. Тому те, що робить суще сущим, — буття — у цьому випадку є його цілковитою очевидністю. Ми, таким чином, можемо сказати: умовою появи метафори світла є розуміння буття як повної очевидності, чи, інакше кажучи, постійної наявності. Саме таке розуміння буття М. Гайдеггер називає метафізикою» [4, с. 391–392].

По-друге, у запропонованій схемі онтологічного розрізнення буття є переходом від одного сущого до іншого. При цьому перше суще і друге якісно відрізняються: перше є неправом, а друге — правом. Відповідно, онтологічне розрізнення розглядається як перехід від неправа до права.

По-третє, і це є найголовнішим, буття є не лише умова і спосіб переходу від неправового сущого до правового, воно є також модусом існування останнього. Буття визначає субстанційні риси сущого, яке є правом, у його відмінності від того, що правом не є.

По-четверте, як існування правового суцього буття виступає критерієм оцінки — віднесення того чи іншого суцього до права чи неправа. А тому право повинно завжди передувати самому онтологічному розрізненню, бути субстанцією, інакше ми не зможемо якісно відрізнити суще-право від суцього-неправа. Право, його субстанційні риси завжди мають передувати як критерій системи співвіднесення і бути при цьому інваріантними, аби перевершувати конкретні акти правового мислення.

У підсумку виявляється, що буття є модусом існування субстанції (суцього-права). А саме онтологічне розрізнення виступає трансцендуванням — переходом до задалегідь визначеного смислу (кваліфікуючих ознак права в якості права), який є апіорним і інваріантним відносно правового мислення.

Наведена розгорнута експозиція змісту онтологічного розрізнення дозволяє стверджувати його суттєве, і невинуватне, відхилення від гайдеггерівського. Для М. Гайдеггера онтологічне розрізнення є способом людського буття, який не дозволяє людині перетворитися на просте суще: «людське буття означає: висунутість у Ніщо» [5, с. 22]. Онтологічне розрізнення саме і дозволяє світу перетворитися лише на суще, тобто на те, що вже існує.

При цьому онтологічне розрізнення є трансценденцією, але у відмінному від наведеного вище розумінні. Якщо перша трансценденція є метафізичною, тобто виступає переходом у межах суцього (від просто суцього до суцього у вигляді вже наперед існуючого еталонного правового смислу з метою його актуалізації), то гайдеггерівська трансценденція є постметафізичною, оскільки вказує не на перехід від одного суцього до іншого, а про вихід за межі суцього як такого, за межі існуючого смислу. За словами німецького філософа, «висунуте у Ніщо, наше буття будь-якої миті завжди вже виступає за межі суцього у цілому. Такий виступ за суще ми називаємо трансценденцією» [5, с. 22]. Про це говорить і К. Михальський, вказуючи, що для М. Гайдеггера трансценденція є розрізненням між тим, що є, і самим буттям, тобто онтологічним розрізненням [4, с. 230].

Онтологічне розрізнення не може бути схемою оцінки одного суцього на відповідність іншому, еталонному, не може виступати механізмом дискримінації суцього з огляду на його невідповідність буттю. Це пов'язане з тим, що буття не виступає модусом існування якогось суцього, його рисою. Якщо О. Стовба говорить про «правовий модус буття суцього», це означає, що буття є невід'ємним атрибутом якогось суцього, і нам залишається лише знайти і дослідити таке суще. Інакше кажучи, буття ніби може бути режимом смислу, який вже існує. На відміну від цього, М. Гайдеггер зазначав: «де б і наскільки широко будь-яке дослідження не досліджувало суще, воно ніде не виявляє буття. Воно стикається завжди лише із суцим, оскільки задалегідь вже міцно тримається, з огляду на його пояснення, за суще. Буття, однак, зовсім не якась властива суцшому риса» [6, с. 38].

Остання теза має визначальний характер — буття це не риса суцього, тому ми не можемо називати якийсь суцього правовим на тій підставі, що характер правового йому надає буття. Тим більше буття не може бути критерієм відокремлення одного суцього від іншого. В іншому випадку жодного онтологічного розрізнення не буде. Натомість отримує своє відтворення нігілістична позиція європейської метафізики, яка й шукала буття за конкретним виокремленим суцим. Розуміння буття ж передбачає вихід до небуття, до ніщо: «коли буття розуміється-

ся як ніщо, розуміння буття опиняється трансценденцією» [4, с. 239]. Саме тому М. Гайдеггер, говорячи про буття, вживав слово «мається» для того, аби уникати словосполучення «буття є», оскільки «є говориться про те, що існує. Таке ми називаємо суцим. А буття якраз не суще» [7, с. 204].

Проблема правового часу. Сама назва концепції О. Стובби — *темпоральна онтологія права* — вказує на визначальне значення розуміння часу, а також встановлення його особливого виміру — правового часу. Під останнім вчений розуміє «часовий розрив, прогалину, паузу між моїм діянням і “реакцією”, зустрічною дією Другого. Цей розрив і є особливий час права, в якому воно збувається» [3, с. 98]. При цьому стверджується, що «між діянням і “реакцією” Другого або Третього існує своєрідна “тяга”, взаємне тяжіння. Оскільки “реакція” (правові наслідки) є відповідною діянню, право вичерпується. Якщо ж вона “недостатня” або “надлишкова”, право продовжує збуватися» [3, с. 98]. Як наслідок, робиться висновок, що «правовий спосіб буття сущого є похідним від “тяги”, що виникає між вчиненим правовим діянням і його правовими наслідками у часовому проміжку між ними. На відміну від *буття права*, тобто *буття правового сущого*, така “тяга” може бути названа правовим буттям, тобто “чистою” процесуальністю права, помисленою без домішки сущого» [3, с. 98].

Основою нашої критики такої інтерпретації «часу права» є те, що наведені міркування не містять у собі нічого нового, порівняно з вже наявними конструкціями юридичної догматики, яка виступає як «інтелектуальна діяльність технічних спеціалістів із матеріалом позитивного права і юридичної процедури, що опосередковує його дію, побудована на основі операцій формальної логіки» [8, с. 440–441].

Міркування О. Стубби з приводу часу права є прикладом подвоєння сутностей без розширення смислового поля, а тому можуть легко зніматися за допомогою «леза Оккама», тобто підлягати редукції. Деталізуємо цю тезу. Буттям права (буттям правового сущого) виявляється не що інше, як юридичні фактидії (правовстановлюючий: наприклад, укладення договору купівлі-продажу, і правоприпиняючий — наприклад, передача речі покупцеві, яка припиняє його право вимоги такої передачі). «Тяга», взаємне тяжіння між двома юридичними фактами, яку О. Стубба проголошує правовим буттям, є звичайним правовідношенням, наприклад, договірне зобов’язання щодо транслятивного наступництва (переходу права власності на річ).

Найцікавішою в аналізованих міркуваннях є спроба ствердження відмінної онтологічної природи між буттям права (юридичним фактом) і правовим буттям (правовідношенням). Ствердження, що останнє є чистою процесуальністю права, помисленою без домішки сущого, на наш погляд, є безпідставним. Правовідношення є суцим, оскільки має фіксований смисл, виступає юридичною конструкцією. Така інтерпретація часу права не передбачає виходу за межі сущого, відтворює смислове поле юридичної догматики і повністю підпадає під визначення метафізичного мислення Ж. Дерріда. За словами останнього, «до безспірної очевидності метафізичного мислення належить те, що суще (те, що існує) хоча б колись було сучасним: чи то воно є сучасним зараз, чи було сучасним у минулому, чи буде сучасним у майбутньому. І навпаки, те, що ніколи не було сучасним і сучасним не буде, ніколи не є суцим» [9, с. 92].

Для того щоб мислити неметафізично, необхідно, за словами М. Гайдеггера, розглядати буття лише у світлі «наявності місця» як такого. У метафізиці це

останнє «вислизає на користь того, що наявне у місці буття, наявність якого в наступному осмислюється виключно як буття у світлі сущого і вводиться в те чи інше поняття» [10, с. 395]. Час і виступає онтологічним розрізненням, але лише якщо він не мислиться у категоріях існуючого (сущого). Задля цього необхідно прийняти, що «час не є. Час має місце. Місце, що уміщує час, визначається з відхиляюче відмовляючої близькості. Вона зберігає відкритість простору-часу і приховує те, що залишається відхиленням у здійсненому, у чому відмовлено тим, що настає. Ми називаємо місце, що уміщує власне час, просвітом приховуючої протяжності. Оскільки протяжність сама є уміщенням, у часі як такому вже таїться наявність місця» [10, с. 400].

Гайдегерівське розуміння часу було розвинуто Ж. Дерріда у концепті деконструкції. Оскільки вона є «проміжком, що зберігає асиметричне відношення зі всім, що є у ній... вона виступає дивною матір'ю, яка дає місце, але не породжує» [11, с. 182], «яку неможливо побачити і яка є родом за межею роду» [11, с. 139]. На наш погляд, деконструкція і є часом як онтологічне розрізнення. Можливий алгоритм неметафізичного осмислення темпоральності права у світлі ідей М. Гайдеггера і Ж. Дерріда буде нами наведений нижче.

Екстатичність. О. Стомба стверджує, що умовою переходу від онтичного сприйняття світу (як сущого) до онтологічного (розгляду його у світлі буття) є осмислення такого явища, як екстатичність. Із цим можна цілковито погодитися. Однак саму екстатичність вчений розглядає як особливий вимір часу, який перетворює його на правовий час. За його словами, «минуле, сьогодення, майбутнє не йдуть одне за одним як у лінійному розумінні часу, а співіснують одночасно. Як тільки діяння вчинено в *теперішньому*, з *майбутнього* назустріч йому (тобто в *минуле*) вже спрямовані правові наслідки, які, зустрівшись із ним знову-таки в сьогоденні, замкнуть часове коло і “вичерпають” правове буття. Натомість, оскільки діяння вчинене в сьогоденні, але спрямоване в майбутнє, з якого настають спрямовані в минуле правові наслідки, правовий час має кругову екстатичну побудову. Правовий час може бути описаний як кругова екстатична сучасність» [3, с. 99].

Розуміння екстатичності як особливого режиму часу значно звужує як його оригінальний зміст, так і потенціал для правового мислення. Очевидним є те, що бажання набути річ у власність (майбутнє) передує укладенню договору купівлі-продажу (сучасність). У цьому немає складності для мислення. Складність полягає в інтеграції до правознавства розуміння М. Гайдеггером екстатичності не як ознаки часу, а як способу буття людини як часова (у розумінні обмежена часом) екзистенція.

Умовною формулою екстатичності може служити таке висловлювання М. Гайдеггера: «людина є тим, ким вона є лише у силу того, що вона постійно не є тим, ким вона є» [1, с. 454–455]. Найбільш повну експозицію екстатичності М. Гайдеггер здійснює у праці «Лист про гуманізм», де екстатичність як виступ в істину буття розглядається як основоположна риса екзистенції [7]. А мова виступає тим, що зберігає властиву людській екзистенції екстатичність [7, с. 198].

Зв'язок мови і екстатичності ми розглянемо в аспекті осмислення питання про істину. Наразі ж підсумуємо, що екстатичність вказує не на здатність визначеного майбутнього передувати чи бути сучасним сучасному, а на здатність людського існування звільнитися від наперед визначеного майбутнього, відкри-

ти простір свободи від диктату минулого, яке б жорстко детермінувало смисли нашого існування.

Подія. Однією з основних рубрик темпоральної онтології права є концепт «події». Його формалізація здійснюється О. Стовбою таким чином: «саме те, що відбувається — подія, пригода і є те, що надає суццюму, втягнутому в нього, правового способу буття, а відповідно — правового статусу. Тим самим в основі перетворення “звичайного” суццюго у “правове” лежить подія. Оскільки *щось здійснюється*, воно незворотно “змушує” суцце *бути* правовим, “заміщуючи” всі інші перспективи цього суццюго (фізичні, хімічні, економічні та ін.) його правовим образом» [3, с. 97].

Інакше кажучи, наскільки ми можемо зрозуміти, подія розглядається як механізм трансформації онтологічних режимів: перетворення одного існуючого (звичайного суццюго) на інше існуюче (правове суцце). При цьому таке перетворення розглядається як ординарна, повторювана процедура — те, що завжди відбувається. Більше того, такому перетворенню надається нормативне значення — подія має відбутися, без неї механізм реалізації правових смислів не відбудеться. Тобто подія, яку знову ж таки можна сформулювати мовою юридичної догматики, є тим, що перетворює суспільне відношення у правове відношення. Зазначимо, хоча це має бути предметом окремого дослідження, що це дуже нагадує спробу під новою концептуалізацією транслювати ідеї економічного детермінізму у його пом’якшеному вигляді — оскільки приймається, що праву передає щось позаправове, яке воно має врегулювати. Наша позиція протилежна — право концентрично розширюється у власних межах, ніколи не виходячи у сферу «неправового» (теза контекстного індетермінізму).

Філософія М. Гайдеггера дозволяє по-іншому подивитися на природу події. Він розглядав подію як те, що вводить речі в їх власну сутність [10, с. 402–403]. Після цього М. Гайдеггер наводить одне з найскладніших для розуміння висловлювань своєї філософії: «до події як такої належить це відібрання. Через нього подія не залишає себе, але зберігає свою власність» [10, с. 405].

На наш погляд, на цю антиномічну природу події, яка, відбираючи щось, зберігає не себе, а свою власність (можливість впливу), проливає світло фрагмент лекцій, присвячених Геракліту, в якому М. Гайдеггер інтерпретує такий випадок, що трапився з цим давньогрецьким філософом: «він же (Геракліт. — О. Т.) повернувся до святилища Артеміди, аби пограти з дітьми у кості; навколо нього зібралися жителі Ефесу, і він сказав їм: “чому дивуетесь, негідники? Чи не краще робити це, аніж разом з вами клопотати про *πόλις*?”» [1, с. 27]. М. Гайдеггер так тлумачить цей випадок: «звертаючись до жителів Ефесу, Геракліт лише відмовляє їм у їх надії на те, що як мислитель він випаде з кола належної йому турботи і, почавши прямо брати участь у їх справах, вдається до несумірних його покликанню клопотів про *πόλις*. У такому випадку ця відмова прямо вказує на потребу тієї турботи, яка здійснюється однією думкою: реалізуючи роботу мислення, турбуватися про незвичне у всьому звичному» [1, с. 28–29].

Подія і виступає наслідком цієї турботи про незвичне у звичному. У цьому контексті неможливо оминати увагою проект філософії французького філософа А. Бадью, для якого «подія» є центральною категорією. У цілому розуміння події цим вченим є розвитком того імпульсу, який ініціював М. Гайдеггер. Зокрема, він зазначає, що «істиннісні процедури, чи процедури родові, відрізняються від накопичення знань своїм подійним походженням. Поки відбувається

лише те, що відповідає правилам деякого положення речей, можливо, звичайно ж, пізнання, правильні висловлювання, накопичення знань; неможлива тут істина» [12, с. 16–17]. І далі французький філософ резюмує: «адже початково у ситуації, якщо її не доповнює якась подія, немає жодної істини. У ній є лише те, що я називаю правдоподібністю» [12, с. 17].

Хоча у своїй більш пізній праці А. Бадью допускає деякий «реванш метафізики», змінивши свою позицію у питанні природи події. Зміст цієї зміни полягає у ствердженні імплікативності події — у тому розумінні, що «завдяки йому стає можливим відокремити ствердження, яке буде існувати як таке, коли сама подія зникне... Набуваючи свого місця, подія вирішує про його значення (визначає його істинність) і тим самим модифікує всю логіку ситуації, увесь її трансцендентальний режим» [13, с. 11].

Передбачаючи можливість такого повернення до метафізики, Ж.-Ф. Ліотар, у своєму коментарі до основної праці А. Бадью «Буття і подія» сформулював «аксіому транзитивності», згідно з якою «подія не належить жодній іншій множинності, окрім себе самої» [14, с. 111]. Але у будь-якому випадку подія має розглядатися на тлі питання про істину, а не питання про зміну онтологічних режимів суцього.

Істина. Свою концепцію істини О. Стівенс виклав у статті «Істина як онтологічний фундамент юриспруденції». У ній він, посилаючись на німецького правознавця Е. Фехнера, поділив правову реальність на два сегменти: «правові даності» і «правові заданості». Першими є те суще, яке є створеним людиною: закони, судові рішення, угоди, юридичні інститути тощо. Заданостями є правові аксіоми, тобто ті загальні закономірності у сфері права, які існують незалежно від волі людини і не можуть бути змінені жодним свавільним рішенням можливо-владця [15, с. 102].

У контексті цього дослідження нас більше цікавить інтерпретація правових заданостей. Стверджується, що вони локалізовані на рівні принципів юридичної науки [15, с. 103], якими проголошуються іманентні характеристики самої науки як такої, такі як універсальність, атемпоральність, дескриптивність [15, с. 102]. Найважливішим є те, що під таке розуміння заданостей підводиться гайдеггерівська концепція істини як *алетейя*. На думку О. Стівенса, зміст цієї концепції зводиться до твердження, що «людина не здатна “створити істину”: у цьому випадку завдання правової науки полягає у виявленні будь-якого суцього у відповідному йому способі буття. Специфікою подібного підходу є те, що мірою будь-якого судження про суще є саме це суще у його бутті, а не певні “зовнішні” щодо нього критерії» [15, с. 104].

Відповідно, атемпоральність ніби виявляється невід’ємним атрибутом *істини-алетейя*. Проблема у тому, що референтом подібних міркувань є не філософія самого М. Гайдеггера, а традиція європейської метафізики. За словами К. Михальського, «у всій філософській традиції Заходу домінує переконання, що насправді є лише те, що постійно наявне... Мислення на службі істини — це лише мислення, яке шукає те, що є постійно в наявності» [4, с. 392–393]. А сам М. Гайдеггер власне і пов’язував відмову від істини як «неприхованості суцього» — алетейя з утвердженням розуміння істини як правильності, що і передбачає буття у сенсі постійної присутності, наявності: «власне суще є, внаслідок цього, завжди-суще. Постійно присутнім є те, до чого ми від самого початку, при усілякому осягненні й виробництві що б то не було повинні повертатися» [16, с. 264].

Тому розуміння істини О. Стівом лише транслює метафізичну традицію, чи навіть більше, вбудовує гайдеггерівське розуміння істини до цієї традиції. Більше того, міркування О. Стівом у цьому аспекті є суперечливими: якщо *істина-алетейя* є атемпоральною, тоді як можливо говорити про темпоральну онтологію права?

Сучасність демонструє, що спроби тлумачення істини-алетейя М. Гайдеггера як утвердження її атемпоральності, позачасового характеру призводить не лише до викривлення інтелектуального простору, а набуває більш небезпечного ідейно-політичного звучання. Зокрема, спроба надати гайдеггерівській концепції істини атемпоральних конотацій є наріжним каменем «консервативної революції», яка є домінуючою парадигмою сучасної російської держави. Зокрема, найбільш впливовий представник «консервативного проекту» О. Дугін вказує, що в основі консерватизму є особливе уявлення часу: «замість часової діахронічної топіки — минуле, сучасне і майбутнє — консерватори оперують зі зовсім іншою, не діахронічною, але синхронічною моделлю. Консерватор захищає і відстоює не минуле, а постійне, незмінне, те, що сутнісно завжди залишається тотожним самому собі» [17]. І далі йде спроба обґрунтувати подібні уявлення філософією М. Гайдеггера: «для консерватора (а сам М. Гайдеггер був завершеним консерватором, більше того, консервативним революціонером) час... є функція від буття. Буття первинне, час вторинний» [17]. З цього і робиться загальний висновок: «те, що належить буттю, перевищує час і не залежить від часу... буття має владу над часом і наперед визначає його структуру, його хід, його зміст» [17].

Тому, на наш погляд, протистояння спробам надати гайдеггерівському розумінню істини консервативного звучання, а отже, і розриву істини і часу (атемпоральність) набуває значно більшого значення, аніж конструювання простору наукової дискусії. Наразі це стає питанням інтелектуальної свободи.

Єдина умова правдивості «консервативного прочитання» істини-алетейя полягала б у здатності мови (що, як зазначалося вище, оберігає екстатичність людської екзистенції) забезпечувати інваріантну будову дійсності. А для цього потрібна референція між словом і річчю. Однак, М. Гайдеггер зазначав: «слово не обґрунтовує речі. Слово допускає речі бути присутніми як речі» [18, с. 309]. На наш погляд, смисл цього висловлювання найкраще можна зрозуміти шляхом звернення до філософії мови Л. Вітгенштейна, яка у цьому аспекті є максимально співзвучною філософії М. Гайдеггера.

Вихідним пунктом міркувань Л. Вітгенштейна є неможливість редукції подвійності речі і слова до жодної зі сторін цієї пари. Це пов'язано з тим, що «якщо у слові шукати щось, окрім моменту миттєвої ясності, воно зникає» [19, с. 303]. Чи не найбільш відомим афоризмом Л. Вітгенштейна є такий: «будь-яке застосування слова подібне до спроби присісти на стілець, що зникає. Стілець, який то зникає, то з'являється, — не зовсім стілець. Дивність його статусу між буттям і небуттям істотніше за його будову» [19, с. 303].

Така здатність слова вбирати у себе різноманітні змістовні шари завдяки своєму розмаху між буттям і небуттям безпосередньо проєкується на запропоноване М. Гайдеггером розуміння істини. Так німецький вчений Х. Гумбрехт зазначає: «здійснення істини змушує нас бачити речі як зовсім інше, незвичне, причому така незвичність асоціюється з ніщо» [20, с. 79]. І далі: «з наявного і звичного ніколи не вирахувати істину» [20, с. 80]. Змістовно подібними є міркування А. Бадью, який стверджує, що «філософія протиставляє ефект Істини

ефекту смислу» [21, с. 156–157]. Це пов'язується з тим, що «категорія Істини... не відсилає ні до чого у присутньому. Філософія не є інтерпретацією смислу того, що надано досвіду, філософія є операцією вилученої з присутності категорії. І ця операція, яка охоплює істини, вказує, що так охоплені істини розподілені у тому, що перериває режим смислу» [21, с. 156].

Усе наведене дозволяє відійти від необхідності «консервативного» прочитання концепції істини М. Гайдеггера. Навпаки, більш адекватними видаються тлумачення цієї концепції К. Михальським, який підкреслює, що для М. Гайдеггера істиною є «відкриття людської екзистенції, а смислом цієї екзистенції є саме час. Час тому, на противагу поширеному судженню має дещо спільне з істиною... а саме є її смислом» [4, с. 382]. «Сама істина має часовий характер. Говорячи метафорично, шлях до істини виявляється у розумінні М. Гайдеггера істиною як шляхом» [4, с. 384].

З огляду на вказане, цілковито погоджуємося з тезою, що філософія, яка піддається спокусі субстанціоналізувати істину, представити її як атемпоральне ім'я, породжує терор [21, с. 160–161]. Ілюстрацією цього є згаданий вище проект «консервативної революції». Тим більшої ваги набуває осмислене залучення у правознавство гайдеггерівського розуміння часу як смислу істини і відповідного йому процедурного сприйняття істини А. Бадью, залучення, яке, на жаль, не може забезпечити концепція темпоральної онтології права, яка лише відтворює конструкції європейської метафізики.

Постметафізичне мислення як деонтологізація темпорального

Постметафізика, за прямою вказівкою М. Гайдеггера, є деонтологізацією: «думка, яка запитує про істину буття і при цьому визначає сутнісне місцеперебування людини виходячи з буття і зосередженості на ньому, не є ані етика, ані онтологія» [7, с. 217]. Однак така деонтологізація не означає заперечення онтології, вона лише визначає сферу філософії як таку, що виходить за межі онтології. Мислення, яке онтологізує суще, має право на існування, але воно не є філософією, остання зраджує собі, якщо намагається схопити дійсність у понятті. Саме тому М. Гайдеггер назвав свою філософію «фундаментальною онтологією».

На відміну від онтології метафізики, фундаментальна онтологія виходить із того, що буття потребує людини заради збереження своєї незалежності (і передусім від самої людини). Ця антиномія, коли найвище призначення людини-як-екзистенції полягає у такому відношенні до буття, яке дозволяє йому залишатися незалежним, і складає основу відносин у сфері істини буття, «які цілковито відрізняються від тих, що мають місце у сферах сущого» [1, с. 459].

Фундаментальна онтологія, одночасно і як сфера, де буття може залишатися незалежним, і як сфера філософського мислення як такого, потребує відповідного розуміння останнього. Таке розуміння дається М. Гайдеггером у його визначенні філософії як дослідження, яке «згідно зі своїм буттєвим характером є тим, що один час... ніколи не зможе запозичити з іншого часу; але філософське дослідження є також і тим, що ніколи не захоче виступити з вимогою змогти і бути здатним вилучити з прийдешніх часів тягар і неспокій радикального запитування... Можливість впливу філософського дослідження, що стало минулим,

на своє майбутнє, не може бути укладена у результати як такі, але засновується на досягнутій і конкретно розробленій одвічності запитування, за допомогою якого воно, тобто дослідження, здатне завжди стати як проблемопороджуючий зразок знову теперішнім» [22, с. 48–49].

Незалежність буття — це його здатність не стати суцим, інакше кажучи, — можливість здійснення онтологічного розрізнення, яке само потребує виходу за межі онтології, заперечення її одвічності. Буття стає часом, однак лише за умови, що минуле завжди є лише постачальником «проблемо-породжуючого», а не постачальником готових смислів. Сучасне, у такому розумінні, є таким лише тому, що воно здатне відрізнятись від минулого, не відтворювати його. Тому філософія, як гарантія незалежності буття, є темпоральною. Але при цьому потребує уточнення саме розуміння темпоральності. Ми погоджуємося з міркуваннями російського вченого А. Абдулліна, який зазначає, що «термін темпоральність у власному смислі слова означає не часовість, як іноді пишуть, а часову особливість... Якщо ми запитаємо, чим відрізняються вчорашні 15:00 від сьогоднішніх, то тим самим ми поставимо питання про темпоральність повсякденного часу» [23].

Якщо темпоральність — це часова особливість, то правова темпоральність — це часова особливість права. Для позначення останньої можна скористатися формулюванням німецького вченого А. Кауфмана, який наголошував на необхідності шукати у праві «некерований елемент, який міг бути водночас конкретним і історичним» [24, с. 330]. При цьому цей «некерований елемент» права ми тлумачимо у світлі концепції соціальної гетерології Т. Керімова, згідно з якою «соціальне є надлишковим відносно будь-якого теоретичного дискурсу і будь-якої форми репрезентації, воно зберігає за собою у деякому критичному смислі інтенсифіковану негативну здатність, що скидає будь-яку цілісність, будь-яке органічне тіло... соціальне як нескінченна гра відмінностей завжди виходить за межі будь-яких форм конституювання суспільства, перетворення його у самототожний і збагнений об'єкт» [25, с. 25].

Право-як-філософія є правовою темпоральністю, яка і акцентує увагу на негативній здатності права перевершувати будь-яку наявну форму його осягнення і репрезентації. Відповідно, дискурс права-як-філософії (у світлі фундаментальної онтології) сприймає право не як суще, а як буття, а це означає, що він завжди прагне зберегти незалежність права від будь-якого наявного смислу.

Правове порівняння як епістемологічний диптих

Фундаментальна онтологія засновується на онтологічному розрізненні. Основою онтологічного розрізнення є трансценденція як вихід за межі сущого відносно буття. Такий вихід і є істина, яка існує лише в наших діях, будучи «процесом, завжди відкритим на нове, завжди має перед собою якесь майбутнє» [4, с. 404]. З огляду на це, онтологічне розрізнення само не локалізується у сфері онтології, а більше тяжіє до епістемології, оскільки воно націлене на виробництво того, «що раніше ніяк не з'являлося і не з'являється» [1, с. 446].

Саме епістемологія засновується на тій логіці, згідно з якою людина не вільна обмежити себе якимось позитивним змістом, адже через сусідство людського ества з Ніщо будь-який зміст виявиться обов'язково даним разом зі своєю межею, з ніщо даного змісту, тобто з виходом за його межі. Епістемологія — як ця прив'язка позитивного змісту до його межі (ніщо) — здатна також пов'язати

суть людського ества з природою наукового пізнання, сприйнятого у світлі проекту подолання метафізики. Як про це говорив М. Гайдеггер, «тільки коли наука екзистує, відштовхуючись від метафізики, вона здатна знову і знову відстоювати своє сутнісне завдання, яке полягає не у зборі і впорядкуванні знань, а у кожному разі заново досягнутому розімкненні всього простору істини природи і історії» [5, с. 26].

У останньому висловлюванні М. Гайдеггера важливою є не лише епістемологічна конотація (вказівка на розімкнення простору істини природи і історії як суті наукового пізнання), а й указівка на необхідність відштовхування від метафізики. Таке відштовхування не є одноразовим актом, а перманентним процесом звільнення буття від сущого. Перманентність тут означає, що «до істини буття належить, що буття ніколи не існує без сущого і суще ніколи не існує без буття» [6, с. 38]. Найбільш вдалою спробою розкриття змісту цієї однієї з основних тез гайдеггерівської філософії є, на наш погляд, наступна інтерпретація Х. Гумбрехта: «Буття виявляється Буттям лише поза будь-якою мережею семантичних і взагалі культурних відмінностей. Однак, для того щоб нам переживати Буття, воно має перетнути поріг, що розділяє сферу (принаймні, уявну), вільну від понятійних мереж будь-якої конкретної культури, і чітко структуровані сфери різноманітних культур... Однак як тільки Буття перетинає цей поріг, воно, звичайно, перестає бути Буттям» [20, с. 77–78].

Онтологічне розрізнення, таким чином, виступає епістемологією розгляду сущого на тлі його ніщо, тобто у світлі істини буття. Основною категорією цієї епістемології є категорія порожнечі. Як зазначає А. Бадью, «філософія повинна явним чином вважати свою центральну категорію порожньою. Однак вона повинна також вважати, що порожнеча є умовою деякої ефективної операції» [21, с. 165]. А М. Гайдеггер про це говорив: «...порожнеча належить власній сутності місця і тому є зовсім не відсутність, а творення» [26, с. 315].

Нам залишилося відповісти на запитання: що у правознавстві є цією ефективною операцією творення, операцією порожнечі, у якій і локалізується онтологічне розрізнення права? Для відповіді на нього ми скористаємося таким міркуванням М. Гайдеггера: «не існує двох окремих відношень, до буття і до сущого, але є лише одне відношення, яке, щоправда, характеризується у своєму роді розірваністю, яка виявляється у тому, що людина, знаходячись у присутності буття, вибудовує своє відношення до сущого, а суще зустрічається йому у світлі буття. Але у той же час цей простий диптих, з якого і в якому людина, перебуваючи посеред сущого, вибудовує своє відношення до нього, у кожній своїй половині є постійно розщепленим» [1, 417].

На наш погляд, перспективою статі таким розщепленим епістемологічним диптихом онтологічного розрізнення у сфері правознавства володіє дискурс правового порівняння. Правове порівняння може розглядатися як постійне подолання правової метафізики (юридичної догматики) у розумінні деконструкції наявних правових смислів. Ніщо — це простір, що роз'єднує правопорядки. Темпоральність — це відмінність власного права від зарубіжного. Екстатичність — це можливість перевершення власного права, творення нових смислів, яка дарується існуванням іншого права. У такому розумінні існування іншого права є гарантією майбутнього права власного.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Хайдеггер М.* Гераклит / М. Хайдеггер. — СПб. : Владимир Даль, 2011. — 504 с.
2. *Костицький М.* Необхідність трансформації юридичної методології як бази розвитку права / М. Костицький // Укр. прав. часопис. — 2004. — № 7. — С. 16–17.
3. *Стовба О.* Темпоральна онтологія права. Пролегомени / О. Стовба // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 2. — С. 95–101.
4. *Михальский К.* Хайдеггер и современная философия / К. Михальский : пер. с пол., ред., предисл. Е. Твердисловой. — М. : Территория будущего, 2010. — С. 205–416.
5. *Хайдеггер М.* Что такое метафизика? / М. Хайдеггер // Время и бытие: Статьи и выступления ; пер. с нем. В. В. Библихина. — М. : Республика, 1993. — С. 16–27.
6. *Хайдеггер М.* Послесловие к: «Что такое метафизика?» / М. Хайдеггер // Время и бытие: Статьи и выступления ; пер. с нем. В. В. Библихина. — М. : Республика, 1993. — С. 36–41.
7. *Хайдеггер М.* Письмо о гуманизме / М. Хайдеггер // Время и бытие: Статьи и выступления ; пер. с нем. В. В. Библихина. — М. : Республика, 1993. — С. 192–220.
8. *Михайлов А. М.* Генезис континентальной юридической догматики / А. М. Михайлов. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 496 с.
9. *Франк Х.* Деконструкция логики — логика деконструкции? / Х. Франк // Герменевтика и деконструкция ; под ред. Штегмайера В., Франка Х., Маркова Б. В. — СПб., 1999. — С. 92–104.
10. *Хайдеггер М.* Время и бытие / М. Хайдеггер // Время и бытие: Статьи и выступления ; пер. с нем. В. В. Библихина. — М. : Республика, 1993. — С. 391–406.
11. *Деррида Ж.* Эссе об имени / Ж. Деррида. — СПб. : Алетейя, 1998. — 190 с.
12. *Бадью А.* Манифест философии / А. Бадью; сост. и пер. с франц. В. Е. Лапицкого. — СПб. : Machina, 2003. — С. 9–72.
13. *Бадью А.* Этика: Очерк о сознании Зла / А. Бадью; пер. с франц. В. Е. Лапицкого. — СПб. : Machina, 2006. — 126 с.
14. *Лиотар Ж.-Ф.* Доклад на круглом столе, посвященном обсуждению книги А. Бадью «Бытие и событие» / Ж.-Ф. Лиотар ; сост. и пер. с франц. В. Е. Лапицкого. — СПб. : Machina, 2003. — С. 100–119.
15. *Стовба О.* Истина як онтологічний фундамент юриспруденції / О. Стовба // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 101–106.
16. *Хайдеггер М.* Введение в метафизику / М. Хайдеггер ; пер. с нем. Н. О. Гучинской. — СПб. : ВРФС, 1998. — С. 87–301.
17. *Дугин А. Г.* Четвертая политическая теория / А. Г. Дугин [Электронный ресурс]. — Режим доступа : konservatizm.org/konservatizm/amphora/031209170017.xhtml.
18. *Хайдеггер М.* Слово / М. Хайдеггер // Время и бытие: Статьи и выступления ; пер. с нем. В. В. Библихина. — М. : Республика, 1993. — С. 302–311.
19. *Библихин В. В.* Витгенштейн: смена аспекта / В. В. Библихин. — М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2005. — 576 с.
20. *Гумбрехт Х. У.* Производство присутствия: Чего не может передать значение / Х. У. Гумбрехт ; пер. с англ. С. Зенкина. — М. : Новое литературное обозрение, 2006. — 184 с.
21. *Бадью А.* (Воз)вращение самой философии / А. Бадью ; сост. и пер. с франц. В. Е. Лапицкого. — СПб. : Machina, 2003. — С. 143–167.
22. *Хайдеггер М.* Феноменологические интерпретации Аристотеля. (Экспозиция герменевтической ситуации) / М. Хайдеггер. — СПб. : ИЦ «Гуманит. Акад.», 2012. — 224 с.

23. *Абдуллин А. Р.* Философская герменевтика: исходные принципы и онтологические основания / А. Р. Абдуллин. — Уфа : Изд. Башкир. ун-та, 2000.
24. *Кауфман А.* Попередні зауваження щодо правової логіки та онтології відносин. Засади правової теорії, заснованої на понятті персони / А. Кауфман // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 329–344.
25. *Керимов Т. Х.* Неразрешимости / Т. Х. Керимов. — М. : Академ. Проект ; Трикста, 2007. — 218 с.
26. *Хайдеггер М.* Искусство и пространство / М. Хайдеггер // Время и бытие: Статьи и выступления ; пер. с нем. В. В. Библихина. — М. : Республика, 1993. — С. 312–316.

Ткаченко О. В. «Онтологічне розрізнення» М. Гайдеггера: епістемологія імплементації у правознавство

Анотація. У статті розглядається концепція «онтологічного розрізнення» М. Гайдеггера. Обґрунтовується можливість і необхідність її імплементації правознавством. Умовою такої імплементації стверджується деонтологізація темпорального. Процедурою правового «онтологічного розрізнення» пропонується розглядати дискурс правового порівняння.

Ключові слова: онтологічне розрізнення, правове порівняння, право-як-філософія, постметафізичне мислення, деонтологізація темпорального.

Ткаченко А. В. «Онтологическое различие» М. Хайдеггера: эпистемология имплементации в правоведение

Аннотация. В статье рассматривается концепция «онтологического различия» М. Хайдеггера. Обосновываются возможность и необходимость ее имплементации правоведением. Условием такой имплементации утверждается деонтологизация темпорального. В качестве процедуры правового «онтологического различия» предлагается рассматривать дискурс правового сравнения.

Ключевые слова: онтологическое различие, правовое сравнение, право-как-философия, постметафизическое мышление, деонтологизация темпорального.

Tkachenko O. Heidegger's «Ontological Distinction»: Epistemology of its Implementation in Jurisprudence

Summary. M. Heidegger's «ontological distinction» is considered in the article. Possibility and necessity of its implementation in jurisprudence is justified. Condition of such implementation it is deontologisation of temporal. As a procedure of law's «ontological distinction» it is proposed to consider law comparison discourse.

Key words: ontological distinction, law comparison, law-as-philosophy, postmetaphysical thinking, deontologisation of temporal.

**МОДЕЛІ ОСМИСЛЕННЯ
ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ
В КОНТЕКСТІ КОМУНІКАТИВНОЇ
ПАРАДИГМИ ПРАВА**

С. МАКСИМОВ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Не можна не відзначити втішну тенденцію в обговоренні питань про поняття і природу права (або проблеми праворозуміння), яка намітилася у пострадянській філософії та теорії права. У такому обговоренні зі сторони змісту певною мірою можуть бути виявлені такі риси, як багатогранність і плюралізм концепцій, а зі сторони форми – дискурсивність. Останнє означає, що замість монологічного викладу «єдино вірної» точки зору або огульного відкидання іншої позиції, приходить взаємна аргументована критика, яка, однак, не тільки не руйнує критиковані теорії, а, навпаки, сприяє зміцненню і вдосконаленню концепцій праворозуміння, які комунікують між собою¹.

Оскільки ключовими в рамках згаданого дискурсу є концепти неklasичного (постklasичного), правової реальності та правової комунікації, у цій статті основну увагу буде приділено їх аналізу у взаємному співвіднесенні.

Поділ на класичне і неklasичне (а також постнеklasичне) стосовно характерних рис та етапів розвитку філософії і науки (як у цілому, так і окремих їх галузей) є досить поширеним у сучасній науковій літературі [1]. Ця тенденція спостерігається й у філософії права, причому не тільки стосовно проблеми праворозуміння в цілому [2], а й під час осмислення окремих правових феноменів [3]. Водночас особливості як буття права, так і його пізнання, які істотно відрізняються від буття і пізнання природних та соціальних процесів, обумовлюють необхідність постановки питання про можливості та межі застосування

¹ Не применшуючи значення інших видань, відзначимо вагомий внесок у здійснення такого дискурсу праворозуміння науково-теоретичних журналів «Правознавство» (Росія) і «Філософія права і загальна теорія права» (Україна).

понять «класичне» і «некласичне» стосовно оцінки різних концепцій праворозуміння. Вирішення цього питання має принципове значення в умовах пошуку пострадянською юриспруденцією своєї методологічної ідентичності.

Тема співвідношення класичної та некласичної (або посткласичної) парадигм в осмисленні права активно обговорюється в сучасному російському та українському теоретичному правознавстві [4; 5; 6; 7]. Зокрема, А. Поляков, проголошуючи «прощання з класикою», некласичне праворозумінням трактує як інтегральне розуміння права у формі авторської інтерпретації комунікативної правової теорії [4]. У працях автора цієї статті протиставлення класичного та некласичного способів осмислення права застосовується до розрізнення відповідних типів теорій природного права [5, с. 76–142]. Надаючи перевагу терміну «посткласичний» перед терміном «некласичний», І. Честнов у дослідженні «Посткласична теорія права» пропонує програму зміни онтології та методології в юриспруденції в цілому і теорії права зокрема [6, с. 12]. Посткласична епістемологія права, за його погляду, полягає насамперед у застосуванні до опису і пояснення юридичної реальності трьох «поворотів» у гуманітарному знанні: лінгвістичного, антропологічного і прагматичного. Тому право, на його думку, — це текст, який створюється людиною і відтворюється діями і ментальними уявленнями людей. Таким чином, право — не статична структура, що редукується до одного з його рівнів, а «процес відтворення *правової реальності*» (курсив мій. — С. М.) [6, с. 12].

Слід відзначити неабияку аналітико-синтетичну роботу із систематизації та зіставлення рис класичного і некласичного (або посткласичного) праворозуміння, яка була здійснена О. Тимошиною у докторській дисертації [7]. Подаючи ці способи праворозуміння як певні стилі теоретико-правового мислення, типологічні особливості яких визначаються типом наукової раціональності, дослідниця розподілила їх за декількома підставами і перш за все — за способами інтерпретації *правової реальності* (курсив мій. — С. М.): на об'єктивістську, тобто суб'єктно-об'єктну інтерпретацію буття права, з одного боку, й конституційованість, процесуальність буття права через інтерпретаційні практики суб'єктів — з другого. Поряд із об'єктивістською інтерпретацією буття права для класичного праворозуміння, на думку вченої, характерні: 1) уявлення про суб'єкта як спостерігача і відсутність впливу методу на об'єкт пізнання; 2) кореспондентна теорія істини; 3) вичерпне пояснення правової реальності у формі об'єктивної істини; 4) вивчення об'єкта в «чистому» вигляді, без врахування соціокультурних детермінант; 5) прескриптивний характер теорії, що стає плацдармом для здійснення теоретичних схем. У свою чергу, для некласичних концепцій поряд із процесуальністю інтерпретаційних практик суб'єктів характерними також є: 1) конституювання предмета методом дослідження; 2) когерентна теорія істини; 3) принципова незавершеність теоретико-правового знання; 4) соціокультурна детермінація правової рефлексії; 5) розгляд теорії права не як абстрактного знання, а як інструменту вибору рішення у проблемній ситуації [7, с. 10]¹.

О. Тимошина підкреслює, що у класичному праворозумінні не артикулюється специфіка правової реальності порівняно з реальністю, яка задається процедурами природничо-наукової методології. Типовими представниками такого

¹ При цьому слід зауважити, що як І. Честнов, так і О. Тимошина свій аналіз «некласики» співвідносять із концептом правової реальності.

праворозуміння є юснатуралізм і юспозитивізм, що являють собою раціоналістичний та емпіричний варіанти філософсько-правового натуралізму. Для неklasичного праворозуміння характерне ускладнення картини правової реальності, а тому класичні інтерпретації права як апіорної ідеї права, «наказу суверена» або «правопорядку» починають сприйматися як беззмістовні [7, с. 22–23].

У цілому погоджуючись із концепцією характерних рис класичного і неklasичного (або постklasичного) праворозуміння та його методологічних основ, запропонованою І. Честновим і О. Тимошиною, не може не звернути увагу на наявність певних розбіжностей між ними і такою, що зустрічається в літературі, типологією класичного та неklasичного стосовно гносеологічних моделей, які склалися у другій половині XIX та XX ст. [8]. Екстраполяція цих моделей на предметну сферу філософії права дозволяє запропонувати концепт «модель осмислення правової реальності», методологічне значення якого буде експліковане в подальшому викладі.

Автор зазначеної концепції Н. Брянік вирізняє три принципово можливі гносеологічні моделі, засновані на певних принципах: 1) об'єктивістсько-реалістичну, підкорену принципу реальності; 2) конструкціоністську (засновану на принципі конструювання) і 3) символічну гносеологічну модель, що відповідає принципу символізму. Це не лише історичні, а й актуальні типи мислення, що взаємно доповнюють один одного [8, с. 250–251]. Кожна з основних гносеологічних моделей має внутрішню цілісність, певну завершеність і послідовність щодо додержання принципу, який прийнятий за вихідний, вони відрізняються трактуванням природи пізнавальної діяльності, знання та істини.

З точки зору об'єктивістсько-реалістичної гносеологічної моделі пізнання є способом відтворення в суб'єкті, що пізнає, реальної дійсності, довколишнього світу. Такий підхід реалізує повною мірою принцип реальності й спирається на досвід повсякденного світу, відповідає «природній установці» (Е. Гуссерль) ставлення людини до світу. Стосовно науки принцип реальності конкретизується у принципі об'єктивності, за яким і діє класична наука. *Знання* — це сукупність пізнавальних образів, що мають схожість із пізнаваним об'єктом, які є його «портретною» (дзеркальною, фотографічною копією). Це позиція есенціалізму. *Істина* ж розуміється як відповідність, вона є мірою, за допомогою якої встановлюється відповідність знання справжній природі самих речей (процесів, властивостей). Ця модель має витоки у платонівсько-арістотелівській традиції, її прибічниками є марксистська традиція у філософії, французький матеріалізм та класичний позитивізм. Вона дійсно збігається з натуралістичною моделлю в концепціях І. Честнова і О. Тимошиної та представлена в класичних концепціях природного права (натуралістичних) та юридичного позитивізму, включаючи й марксистську теорію права, засновану на принципі об'єктивності.

Принципи другої — конструктивістської — моделі були відрефлексовані на матеріалі науки, насамперед І. Кантом. *Пізнання* трактується як творення, будівництво, конструювання предмета, що пізнається [8, с. 258]. Операціоналізм протиставляє свою позицію науковому реалізму: «У науці об'єкт, що пізнається («фізична реальність», якщо йдеться про фізику; «математична реальність» — якщо мова йде про математику; «лінгвістична реальність» — якщо йдеться про лінгвістику, і т. д. (додамо — «правова реальність», якщо йдеться про право. — С. М.)), не постає як деяка вихідна даність перед дослідником — він є продуктом його діяльності» [8, с. 260]. *Знання* — трансформація здатностей суб'єкта пізнан-

ня, а не сутності об'єкта. Тому це підхід феноменалістський. Сутність знання замикається на суб'єкті. *Істина* також замикається в колі діяльності суб'єкта, вона — оцінка деяких ментальних станів людської діяльності, встановити яку можливо лише за допомогою особливих ментальних процедур. За Кантом, істина являє собою узгодженість знань із законами розумово-розсудливої діяльності, тобто істина постає як узгодженість, когерентність.

Об'єктивістсько-реалістична та суб'єктивістсько-конструктивістська моделі осмислення світу належать до класичної гносеологічної традиції. Поряд з ними можна вирізнити і власне неklasичну гносеологічну модель — символічну. Ця модель враховує вплив на пізнавальний процес культури, її філософська основа — «філософія мови» у найширшому сенсі. Сутність культури становлять створення смислів і знакова система, «текст». Таким чином, у цій гносеологічній моделі *пізнання* — це смислове, духовно-енергійне осягнення сутності, явлене символами (або виражене в мові), знання — це символічна (= мовна, словесна) реальність, що являє у смислових образах сутність того, що пізнається, а *істина* набуває онтологічного значення і виражається у справжності, тобто буттєвості, реальності символів.

«Метою пізнання в першій моделі є пояснення сутності того, що пізнається, у другій — *опис* того, як вона нам являється, у третій — *розуміння*. Пізнання як розуміння виводить гносеологію в тематичне поле герменевтики; у контакті з герменевтикою розробляється один із неklasичних напрямів сучасної теорії пізнання» [8, с. 276]. Таким чином, у цій моделі ми виходимо на герменевтичний (інтерпретаційний) підхід до розуміння пізнання в цілому й осмислення правової реальності зокрема, який виражає власне неklasичний підхід до праворозуміння.

Складнощі з виявленням онтологічної природи права (оскільки його не можна уявити як якусь річ, на яку можна вказати: ось це і є право, а швидше — є особливим світом) зумовили необхідність звернутися до категорії «правова реальність» як онтологічної (а точніше, онтогносеологічної) основи для виділення різних моделей осмислення права. Правова реальність (за аналогією з концептами фізичної, соціальної, культурної, моральної, психологічної та інших реальностей) [5] являє собою категорію для вираження особливостей світу права у всьому його різноманітті. Систематичне уявлення багатогранних проявів права дозволило сформулювати «концепцію правової реальності» [2, с. 31–61].

Слід зазначити, що поєднання понять «реальність» і «право» є настільки очевидним, що словосполучення «правова реальність» зустрічалося і продовжує зустрічатися також у працях інших дослідників. Іноді (як у розглянутих вище роботах О. Тимошиної та І. Честнова) його застосування виявляється системним і концептуально виправданим, а іноді — вельми довільним і без включення у систему інших понять і категорій. До того ж досить часто онтологічна категорія «реальність» підміняється її повсякденною інтерпретацією — як емпіричні прояви права, тим, як право функціонує «насправді» (у такому сенсі правильніше вживати поняття «правова дійсність»). Оскільки реальність — це властива феноменам якість мати буття, незалежне від нашої волі і бажання, то і правова реальність — не тільки те, що існує в інститутах права та правовідносинах, а також ті очевидності, які хоч і не мають предметного буття, але з якими ми не можемо не рахуватися. Це поняття дозволяє об'єднати питання про те, що

таке право, з питанням, як воно існує, який спосіб його буття, до якого типу реальності воно належить. При цьому правова реальність повинна сприйматися не як зовнішня для людини (суб'єкта її осмислення) дійсність, а як така, до якої залучений він сам у процесі спілкування з іншими учасниками правового життя.

Правова реальність не являє собою якусь субстанційну частину реальності, а є лише способом організації й інтерпретації певних аспектів соціального життя, буття людини. Але цей спосіб настільки істотний, що за його відсутності розпадається сам людський світ. Тому ми уявляємо його як реально існуючий. Уже в цьому полягає відмінність буття права від буття власне соціальних об'єктів. Бо світ права — це в основі своїй світ належного, а не фактичного, емпіричного існування. Проте це зовсім не означає, що право, по-перше, є неіснуючим феноменом, і по-друге, не пов'язане з соціумом, не є соціальним феноменом. Право, безумовно, є соціальним феноменом, тобто визначається певними соціальними інтересами, але не тільки ними. Право має відносну незалежність від існуючих відносин, воно має у певному сенсі власну логіку. Його існування не може бути зведене до існування фактичного, тобто текстів законів, правових інститутів, відносин між людьми.

Онтологічною основою права є міжсуб'єктна взаємодія, але не як деяка субстанціальна реальність, а як його ідеально-смысловий аспект, коли спільне існування людей *загрожує* обернутися свавіллям, можливістю спричинення шкоди іншому, а тому містить момент належного для обмеження такої загрози. Тому правова онтологія виявляється онтологією інтерсуб'єктивності, а «першореальністю» права виступає сенс права, що полягає у належному (рос. — *долженствовании*) як категорично безумовних взаємних вимогах між суб'єктами соціального спілкування і виявляється (експлікується) з комунікативних відносин, як мінімум, між двома суб'єктами¹.

Таким чином, право являє собою деонтологічну реальність, тобто ідеально сконструйоване буття, суть якого полягає в належному, і хоча воно не замикається на самому собі, проявляється в емпіричному світі, але все ж не зводиться до соціальних фактів. Правова реальність має перш за все смыслову будову. Правові смисли опредмечуються в ментальних установках, ідеях і теоріях, у знаково-символічній формі норм та інститутів, у людських діях і відносинах, тобто в різних проявах правової реальності.

Виходячи з викладеного, різні моделі пізнання права являють собою моделі осмислення правової реальності. Вихідним пунктом будь-якого осмислення права є питання про можливість цього осмислення як такого. Чи можемо ми сказати що-небудь про правову реальність? І яка природа цих висловлювань? Яким чином правова реальність може бути надана нам? Очевидно, що відповідь на це питання тісно пов'язана з відповіддю на питання про природу і способи

¹ Інтерсуб'єктивність пов'язана насамперед із визнанням наявності Іншого Я, існуванням інших свідомостей, рівноправних своїй власній, інших суб'єктів індивідуального досвіду. Те, що ми, перебуваючи в різних тілах, а отже, маючи різні положення у просторі й різні ракурси бачення, можемо одночасно дивитися на світ і сприймати в ньому ті самі об'єкти, приводить до усвідомлення того, що ми можемо мати схожий досвід. Визнати наявність Іншого суб'єкта ми можемо завдяки можливості емпатії, учування, можливості поставити себе на місце іншого і визнати його позицію рівноправною своїй. Таким чином, проблема інтерсуб'єктивності може розглядатися не тільки як епістемологічна, а й як соціально-філософська, а також етична проблема, пов'язана з моральним визнанням рівноправності Іншого. Це і проблема герменевтична, оскільки інтерсуб'єктивність лежить в основі можливості взаєморозуміння [9].

існування самої правової реальності, що, у свою чергу, вже припускає якийсь попереднє розуміння, повертаючи нас до початкового питання про можливість останнього.

Складність входження у це коло полягає в тому, що через багатогранність і процесуальну природу права воно не може бути «схоплене» в усій своїй повноті. Ми завжди бачимо не правову реальність взагалі, а якусь із форм існування права або етапів його здійснення: ідею права, знакові форми, взаємодію між соціальними суб'єктами.

Ця обставина обумовлює визнання методологічного плюралізму в осмисленні права, однак не як еклектичне нагромадження різних визначень права, а як виокремлення основних світоглядно-методологічних підходів до його осмислення в їх субординації та додатковості.

Залежно від того, що передбачається в ролі основи справжньої реальності права, тобто такого простору, в якому «локалізуються» правові смисли, можуть бути виокремлені такі чотири основних способи осмислення правової реальності, кожен з яких робить акцент на одному з її аспектів:

1) правовий позитивізм — на зовнішній стороні правової реальності, сукупності норм, забезпечених примусовою силою держави;

2) правовий об'єктивізм — на соціальній обумовленості права, його вкоріненості в житті;

3) правовий суб'єктивізм, або класичні концепції природного права, — на ідеально-моральній стороні права, ідеї права, що розкривається у свідомості суб'єкта;

4) правова інтерсуб'єктивність, або неklasичні концепції природного права, — на тій смисловій стороні права, яка проявляється у процесі взаємодії суб'єктів, у їх комунікації та інтерпретації позиції Іншого [5, с. 138–142].

Кожен із цих підходів до осмислення правової реальності (які можуть бути позначені як емпіричний, есенціалістський, деонтологічно-конструктивістський, інтерпретаційно-комунікативний) має свої переваги і недоліки. Правовий позитивізм, що орієнтується на осмислення інституційної сторони права, завдяки цьому домагається певної строгості й чіткості своїх положень, однак дає дещо збіднений образ правової реальності, ігнорує її ідеальну сторону. Правовий об'єктивізм, який робить акцент на соціальній основі права, вкоріненості права в життя людини, виявляється нечутливим до проблеми справедливості, інших ціннісних підстав права. Правовий суб'єктивізм, вказуючи на вкоріненість смислів права у свідомість, пропонує чудові моделі правового світогляду, але при цьому може демонструвати деяку їх відірваність від реального життя.

Зазначені вище три підходи і виражають класичне праворозуміння, засноване на поділі сутності й існування (як теорія природного права і правовий позитивізм), суб'єкта й об'єкта (як суб'єктивізм і об'єктивізм), вони виходять із зовнішньої позиції дослідника як спостерігача. Їм протиставляється неklasичний підхід до осмислення права, заснований на подоланні однобічності інших підходів — позиція інтерсуб'єктивності, яка виходить із позиції дослідника як учасника правових подій, що реалізується, насамперед у феноменолого-герменевтичній і комунікативно-дискурсивній формах.

Відповідно до цього підходу правова реальність не може бути охоплена нами у своїй повноті не тільки через свою динамічність, а й через те, що тут ми не можемо зайняти позицію зовнішнього спостерігача, завжди виявляючи себе

в ролі учасника правових відносин, який осмислює своє буття-в-праві «із середини». Тому сенс права не розчиняється у свідомості суб'єкта або в зовнішньому соціальному світі, а розглядається як результат зустрічі (комунікації) суб'єктів, занурених у життєвий світ, під час якої, таким чином, здійснюється і відтворюється право.

Стосовно пізнавально-методологічних аспектів концепції правової реальності позитивістсько-об'єктивістська, суб'єктивістська й інтерсуб'єктивна моделі її осмислення відповідають розглянутим раніше основним гносеологічним моделям: реалістичній, конструктивістській та символічній, з яких перші дві належать до класичної моделі, а третя — до некласичної.

Цей аналіз дає підстави внести деякі уточнення до того трактування моделей осмислення правової реальності, які обговорювалися в першій частині статті.

Насамперед це стосується характеристик другої, суб'єктивістської, моделі. Вона не може бути віднесена до некласичної з точки зору філософських критеріїв. Класика у філософії включає і об'єктивістській, і суб'єктивістській підходи, а в науці — конструктивістський суб'єктивізм виражає її природу краще, ніж наївно-реалістична установка об'єктивізму. Тут, швидше, слід говорити про традиційну і класичну моделі науки, уточнюючи, що для пізнання права — вихід у сферу конструктивізму — є хоча й не поширений, але істотний для нього підхід. Жодний із підходів не має абсолютної переваги. Багато в чому вибір того чи іншого підходу, який акцентує увагу на тому чи іншому аспекті правової реальності, дає можливість вирішувати більш-менш задовільно певне коло питань. Некласичний підхід до осмислення права в рамках пострадянської юриспруденції може не бути таким для філософії та наукового пізнання в цілому. Тому, коли проголошується «прощання із класикою», то, швидше за все, йдеться про прощання із марксистською традицією в теорії права (яка за своєю основою є об'єктивістською), тобто як заклик до справжньої науковості теорії права і усієї правової науки в цілому.

Викладені вище основи концепції правової реальності, безумовно, не претендують на вичерпне описання, пояснення і розуміння феномену права. У цьому плані не можна не погодитися із твердженням А. Полякова щодо положень моєї статті-лекції «Що є право?», опублікованій у журналі «Правознавство» [10], про те, що викладене в ній уявлення про право потребує «коригувань, уточнень і пояснення своїх основоположних зв'язків» [11, с. 13]. У контексті зазначеного раніше дискурсу праворозуміння та у формі полеміки з професором Поляковим надалі намагатимуся уточнити деякі положення запропонованної мною концепції правової реальності.

Слід зазначити, що спільним для наших підходів до права виявився такий світоглядний за своєю природою концепт, як світ права. Однак якщо для А. Полякова світ права виражається через поняття (концепт) правової комунікації, то для мене таким виявляється поняття (концепт, категорія) правової реальності як більш широке, ніж правова комунікація, поняття, яке включає останнє до свого складу.

1. Насамперед А. Поляков формулює тезу про те, що положення про право як реальність, тобто щось незалежне від суб'єктивних уявлень людини, не викликає заперечень [11, с. 11]. Те, що право — це реальність, для мене теж є очевидним. Але виникає питання: а яка реальність? Якщо для Л. Петражицького це питання вирішувалося в рамках вибору між дихотомією фізичної і психічної реальності (якщо

право не може бути фізичною реальністю, то тоді воно може бути *тільки* реальністю психічною), для мене ж тут немає дихотомії (А і не-А), а присутнє більш складне співвідношення: право не є не *тільки* об'єктивною і не *тільки* суб'єктивною реальністю, а воно є реальністю інтерсуб'єктивною, тобто хоча і залежною від суб'єкта, але таким чином, що він не може з нею не рахуватися.

Не можу погодитися з такою інтерпретацією моєї позиції, згідно з якою, «особливий світ права може бути виражений *тільки* через категорію “правова реальність”» [11, с. 11]. Повинен заперечити, що посилення «тільки» я ніколи не використовував у своїх роботах. Для мене світ права може бути *якнайкраще* виражений через категорію «правова реальність», а категорія «правова реальність» — через поняття «світ права».

Професор А. Поляков ставить справедливе запитання: «Чи несе в собі ця категорія який-небудь новий смисл, відмінний від смислу самого права?» [11, с. 11]. Тому спробуємо відшукати нові смисли у вживанні поняття правової реальності поряд із поняттям права (навіть у «широкому сенсі»).

Уведенням поняття «правова реальність», на наш погляд, досягається одразу декілька цілей. Право представлене в його різноманітних проявах і взаємному зв'язку з іншими видами соціальної (культурної) реальності, у єдності істотного змісту і його передумов. Деякий особливий світ зі своєю логікою і смислами, поряд із такими вимірами людського існування, як фізична, соціальна, культурна, моральна, політична, історична і т. ін. реальність. Тут акцент переноситься із традиційної «сукупності норм» на систему складових складного феномену права, який у Канта не випадково визначається як «сукупність умов, за яких свавілля одного сумісне зі свавіллям іншого згідно з універсальним законом свободи» [12, с. 140]. Правова реальність вже не може бути чимось випадковим, штучним, а являє собою упорядковану сукупність необхідних для функціонування цієї сфери взаємодіючих елементів, що концентруються навколо правового суб'єкта, або «людини правової», у його співвіднесеності з іншим суб'єктом. Оперуючи концептом «правова реальність», ми вже не повинні зупинятися на підтвердженні автономності права, хоча й відносної. Вона передбачається імпліцитно. Важко погодитися з таким твердженням: «Правова реальність підмінила реальність права. Так само в російській теорії права категорія “правова система” поглинула “систему права” і розмила саме уявлення про те, що є право» [11, с. 11]. На наш погляд, спроба встановити право як таке, тобто як якусь «річ», поза його динамікою і процесуальністю, більш характерна для класичного праворозуміння, ніж некласичного. Більше того, іноді пізнавальна ситуація з феноменом права не вимагає занурення у мікрореальність права, а визнає релевантним саме макропідхід до права крізь призму категорій «правова реальність» стосовно рівня філософсько-правової рефлексії і «правова система» стосовно рівня рефлексії теоретико-правової.

У контексті концепції правової реальності, від початку некласичної за своїм духом, цілком може бути поставлене і питання про реальність права, а саме: до якого типу реальності належить право? Чи є реальним право (що приймається як само собою зрозуміле), а в чому саме ця реальність полягає? Серед безлічі реальностей людського буття, якою є реальність саме права?¹

¹ Пор. висловлювання Є. Спекторського: «Юристам здається, що вони знають, з якою реальністю вони мають справу, лише доти, доки їх про це не питають. Якщо ж їх питають, то їм вже дово-

2. Ще одним проблемним аспектом в концепції правової реальності, як на це вказує професор А. Поляков, є питання про диференціацію цілого, складність якого при неуточнених методологічних позиціях може призводити до несподіваних для самого автора інтерпретацій. Так, А. Поляков вважає, що «автономні рівні правової реальності» як «форми буття права» є «правом у прямому значенні слова» [11, с. 11]. Однак у моєму розумінні ані ідея права, ані закони, ані соціальні взаємодії зовсім не є різновидами права («правом у прямому значенні слова»), а являють собою сторони або рівні правової реальності. Неоднозначний вислів «форми буття права» слід інтерпретувати радше як форми прояву єдиного сенсу права, ніж як окремі, цілком самостійні його різновиди. Вони є рівнями становлення права, тому й ідея права, і закони є лише «потенційним правом», право ж у власному розумінні конститується на рівні соціальних взаємодій, та й то, якщо в них виражені правові смисли.

Правові смисли виявляються «справжньою реальністю права», тому що роблять право можливим. З усього різноманіття ментальних правових станів були виділені основні правові смисли (установки правосвідомості): фундаментальний обов'язок поважати чуже право і доповнюючий його обов'язок відстоювати власне право. Вони зовсім не є ознаками, що відрізняють *право від моральності*, як це представляє А. Поляков, а, радше, ознаками права як такого. Це умови можливості права, тобто такі стани свідомості (мислення), завдяки яким право як певна система комунікацій (або певна комунікація) виявляється можливим. Хтось може не поважати конкретної людини і її право в конкретній ситуації, але це не означає, що «повага до права іншого» як образ думки громадянина правової держави не є універсальним. Нехай навіть не механічна більшість людей розділяє таку установку, але через яскраві образи правового стилю мислення вона визнається такою, що має позитивну цінність, усіма. Виявлення в багатьох проявах життєвих ситуацій імперативу «поваги права іншого» змушує скоригувати власну нетерпимість і задати інший рівень комунікації. Навіть коли ми змушені підкорятися праву як закону, то в цьому імпліцитно (навіть для самих нас) містяться установки на безумовну повагу до прав іншого і відстоювання власного права.

А. Поляков висловлює сумніви з приводу того, що зазначені обов'язки здатні виступати характерними ознаками права. Його сумніви викликані, насамперед тією обставиною, що з обов'язків як таких і складається власне моральність. Тому стверджувати, що право відрізняється від моральності наявністю обов'язків, що переживаються суб'єктивно, некоректно [11, с. 12].

З останнім твердженням, що є рецепцією теорії права Л. Петражицького, важко не погодитися. Але в даному випадку ці ознаки не відрізняють право ні від моральності, ні від якихось інших форм людської взаємодії. Ці установки роблять можливим функціонування складних правових взаємодій. Це дійсно моральні обов'язки вищого ступеня модальності належного.

Тому правовий сенс обов'язку поважати чуже право полягає в тому, що без цього морального за своєю природою обов'язку право не може існувати у тривалій перспективі і в своїй власній якості, вираженій через принцип верховенства права і права людини. Хоча в конкретній ситуації від суб'єкта права «вимагається лише визнання правомірності відповідного домагання і необхідності вчинити

диться або самим питати й дивуватися, або ж, з потреби, вирішувати одне з найскладніших питань теорії пізнання» [13, с. 84].

певні дії в інтересах уповноваженого» [11, с. 12]. І, звичайно ж, у даному конкретному випадку відсутність поваги до права з боку певного суб'єкта не анігує саме право. Повага дійсно є моральною категорією, але ця моральна підстава лежить в основі всіх правових взаємодій.

Звичайно, немає і юридичного обов'язку відстоювати власне право в разі його порушення. Однак ці ментальні стани уможливають функціонування права як такого. Можна утриматися від відстоювання власного права (іноді таке відстоювання «затратне» для того, хто захищається, але без такого безумовного позиціонування самого себе: «на тому стою і не можу інакше» — право неможливе). Формулювання такого обов'язку — результат розумового експерименту: якщо всі відмовилися від обов'язку поважати право іншого і відстоювати власне право, то ситуація варварства як наслідок такої відмови є серйозною перешкодою на шляху розвитку права.

3. Подальше зауваження стосується також достатньо важливої і такої, що потребує роз'яснення, проблеми — природного права: в аспекті як прояснення самого терміна, так і природи цього феномену. «Не менше сумнівів, — пише А. Поляков, — викликає визнання смислового рівня правової реальності природним правом...» [11, с. 12]. Суть його подальших заперечень зводиться до коментування висловлювання П. Новгородцева про те, що «моральні вимоги до позитивного права самі правом не є і назва природного права зберігається за ними лише за інерцією слововживання» [11, с. 13]. Однак визнаю я «природне право» окремим видом права чи це всього лише метафора для позначення ідеального, смислового рівня права? Звичайно, окремим видом права поряд із позитивним його вважати не можна. Чи слід у такому разі «відмовитися» від вживання цього терміна? Думається, що ні. Вираз «природне право» цілком припустимо вживати і зараз, якщо це вживання підкреслює зв'язок з певною гуманістичною лінією у праворозумінні. Легко оголосити цей феномен неіснуючим, набагато складніше показати — який феномен історично позначається цим поняттям і яка його онтологічна природа (за способом існування природне право — це і є ідеально-смиловий вимір правової реальності). При цьому не будь-які моральні вимоги до права (наприклад, милості, доброти і т. ін.) можна назвати природним правом, а лише ті, які за своєю структурою висловлюють особливості саме правових явищ. Такою і є вимога справедливості. Справедливість ще не є правом, але й без прагнення до справедливості права не може бути.

Право не є родовим поняттям для таких висловів, як позитивне право, природне або соціальне право, бо це не окремі види права, а лише різні його виміри, у яких акцент робиться, відповідно, на таких смислових вираженнях, як правова визначеність, справедливість і дієвість. Зазначені вище феномени мають загальний «набір» ознак, що відрізняють право від інших явищ, включаючи й моральність, але які визначаються не з позицій формальної логіки, а логіки ейдетичної.

Чи є проблема природного права проблемою онтології права або проблемою слововживання? Звичайно ж, поняття «природне право» — це метафора, але, вживаючи це слово в дещо іншій смисловій (культурній) системі, ми не можемо відмовитися від певної традиції. Вживаючи цей концепт, ми прагнемо зберегти гуманістичну традицію у праві¹.

¹ Розкриваючи особливості дискурсивної теорії прав людини, Р. Алексі відзначав: «Правила дискурсу не визначають жодної конкретної форми життя, однак, є щось, що є спільним для всіх форм

4. Нарешті, останнє зауваження А. Полякова щодо допустимості поняття «єдність» стосовно традиційної для філософії права проблеми співвідношення природного і позитивного права. «Не рятують тут і посилання на дуальну природу права за Р. Алексі. Дуальність як єдність ідеального і реального у праві (двоскладність права) аж ніяк не те саме, що «єдність» природного і позитивного права, яка завжди, по суті (якщо це не метафори), являє собою дуалізм» [11, с. 13]. Однак, що означає «дуалізм» стосовно співвідношення природного і позитивного права, професор А. Поляков не уточнює, а лише постулює неминучість такого дуалізму. З нашої точки зору, «єдність» як такий зв'язок певних предметів і процесів, який утворює цілісну систему взаємодії, зовсім не означає визнання двох незалежних правових порядків (позитивного і природного права), подібно до систем національного та міжнародного права в дуалістичній концепції їх співвідношення.

На закінчення висловлюю подяку професору А. Полякову за цінні зауваження, що дозволяють критично переосмислити і уточнити деякі положення концепції правової реальності як неklasичного підходу до осмислення права, що органічно охоплює комунікативність як одну зі своїх найважливіших характеристик. Тому, на наш погляд, не слід протиставляти концепції правової реальності та правової комунікації. Вони доповнюють одна одну. Отже, правильною є не спроба обрати альтернативу: правова реальність чи правова комунікація, а обґрунтування інтегральної формули: правова реальність як правова комунікація або система правових комунікацій, оскільки в основі обох концепцій знаходиться реальність інтерсуб'єктивного визнання Іншого як підстава й умова можливості права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Постнекласика*: філософія, наука, культура : кол. моногр. / отв. ред. Л. П. Киященко и В. С. Степин. — СПб. : Изд. дом «Мирь», 2009. — 672 с.
2. *Некласическая* філософія права: вопросы и ответы. — Харьков, 2013. — 272 с.
3. *Карташева А.* Філософський смисл класичної та некласичної концепцій авторського права / А. Карташева // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 260–267.
4. *Поляков А. В.* Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права / А. В. Поляков // Рос. ежегодник теории права. — № 1. — 2008. — СПб., 2009. — С. 9–42.
5. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков, 2002. — 326 с.
6. *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права : монография / И. Л. Честнов. — СПб. : Изд. Дом «Алеф-Пресс», 2012. — 650 с.
7. *Тимошина Е. В.* Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 — теория и история права и государства; история учений о праве и государстве / Е. В. Тимошина. — М. : Ин-т государства и права РАН, 2013. — 44 с.

людського життя, незважаючи на той факт, що для кожної з них воно матиме різне значення. У цьому сенсі теорія дискурсу намагається з'ясувати потенціал раціональності у людській реальності. Вона намагається сприяти розвитку знань про людську природу і є у цій частині (але тільки у цій) пов'язаною з традицією природного права» [15, с. 81].

8. *Брянник Н. В.* Введение в современную теорию познания : учеб. пособие / Н. В. Брянник. — М. : Акад. Проект ; Екатеринбург : Делов. кн., 2003. — 288 с.
9. Рец. на кн.: *Интерсубъективность в науке и философии* / Е. О. Труфанова // *Вопр. философии.* — 2014. — № 10.
10. *Максимов С. И.* Что есть право? / С. И. Максимов // *Правоведение.* — 2013. — № 1. — С. 238–247.
11. *Поляков А. В.* Традиции и инновации как движущие силы развития юридической науки / А. В. Поляков // *Правоведение.* — 2013. — № 1.
12. *Кант И.* Введение в метафизику нравов / И. Кант // *Соч. Т. 4.* — Ч. 2.
13. *Спекторский Е.* Юриспруденция и философия / Е. Спекторский // *Юрид. вестник.* — М., 1913. — Кн. 2.
14. *Кірсте С.* Транспозитивні основи позитивних прав людини / С. Кірсте // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2012. — № 2.
15. *Алексі Р.* Теорія дискурсу і права людини / Р. Алексі // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2013. — № 1.

Максимов С. І. Моделі осмислення правової реальності в контексті комунікативної парадигми права

Анотація. У статті робиться спроба виявлення можливостей і меж застосування концептів «класичне» та «некласичне» щодо осмислення права в умовах пошуку пострадянською юриспруденцією своєї методологічної ідентичності. На основі застосування концепту правової реальності виділяються основні моделі її осмислення: об'єктивістська, суб'єктивістська і інтерсуб'єктивна. Обґрунтовується доцільність ідентифікації як некласичної тільки останньої моделі.

У заключній частині статті ведеться полеміка з А. Поляковим у відповідь на його критичні зауваження на адресу деяких положень концепції правової реальності. Робиться висновок про взаємну доповнюваність концепцій правової реальності та правової комунікації, що ґрунтуються на інтерсуб'єктивному визнанні Іншого.

Ключові слова: правова реальність, методологічні моделі, класичне і некласичне праворозуміння, об'єктивність, суб'єктивність, інтерсуб'єктивність, правова комунікація.

Максимов С. И. Модели осмысления правовой реальности в контексте коммуникативной парадигмы права

Аннотация. В статье предпринимается попытка выявления возможностей и границ применения концептов «классическое» и «неклассическое» относительно осмысления права в условиях поиска постсоветской юриспруденцией своей методологической идентичности. На основе применения концепта правовой реальности выделяются основные модели ее осмысления: объективистская, субъективистская и интерсубъективная. Обосновывается целесообразность идентификации как неклассической только последней модели.

В заключительной части статьи ведется полемика с А. Поляковым в ответ на его критические замечания в адрес некоторых положений концепции правовой реальности. Делается вывод о взаимной дополнительности концепций правовой реальности и правовой коммуникации, основывающихся на интерсубъективном признании Другого.

Ключевые слова: правовая реальность, методологические модели, классическое и неклассическое правопонимание, объективность, субъективность, интерсубъективность, правовая коммуникация.

Maksymov S. Models of Understanding the Legal Reality in the Context of the Communicative Paradigm of Law

Summary. The paper attempts to identify the possibilities and limits of application of concepts «classical» and «non-classical» regarding understanding of law in situation of searching methodological identity by the post-Soviet jurisprudence. Based on the application of the concept of legal reality assign basic models of its comprehension: objectivist, subjectivist and intersubjective. The feasibility of identification as non-classical only the latest model is proved.

In the final part of article polemics with Professor A. Polyakov is conducting, in response to his criticisms of certain provisions of the conception of legal reality. It is concluded about the mutual complementarity of the legal reality and legal communication conceptions, based on the intersubjective recognition of the Other.

Key words: legal reality, methodological models, classical and non-classical understanding of law, objectivity, subjectivity, intersubjectivity, legal communication.

КАНТ І СУЧАСНА ФІЛОСОФІЯ ПРАВА¹



Є. БУЛИГІН
доктор філософії, почесний професор
(Університет Буенос-Айреса, Аргентина)

I

Деяко помпезна назва цієї статті може викликати невиправдані очікування. Тому я вважаю за потрібне зробити деякі попередні зауваження.

По-перше, я не маю наміру аналізувати усю філософію Канта, яка стосується права. Мене цікавить лише питання про вплив Канта на сучасну філософію права — вплив, який вимірюється не стільки кількістю цитат, скільки використанням його ідей.

По-друге, вираз «сучасна філософія права» не слід сприймати занадто серйозно: я не маю наміру розбирати всю сучасну філософію права, а лише тільки тих авторів, які мені здаються найбільш цікавими. У даному випадку я буду розглядати тільки одну з теорій права. Цей вибір не претендує на об'єктивність, а тільки відображає мою точку зору.

По-третє, я мушу зауважити, що термін «сучасна філософія» слід розуміти досить широко, маючи на увазі будь-якого автора, чиї ідеї є актуальними. У цьому сенсі я вважаю актуальними Фреге і Вебера, але виключаю Штаммера.

І нарешті, я не маю наміру розглядати усю проблематику філософії права і не буду зачіпати дуже важливу тему впливу кантівської етики на право.

II

Вплив Канта на філософію права був дуже потужним, особливо на початку минулого століття. Якщо зважати на кількість цитат, то цей вплив значно зменшився останнім часом, і мені особливо цікаво з'ясувати, чи є це зниження ознакою занепаду впливу Канта, або ж його ідеї продовжують впливати, можливо під іншим драпіруванням.

Як зразок філософа права, вплив Канта на якого був дуже помітним, я візьму Кельзена. З двох причин: по-перше, тому що Кельзен, як відомо, був знавцем Канта і наполегливо намагався застосовувати його ідеї до філософії права; по-друге, він був оригінальним мислителем, який не обмежується повто-

¹ Переклад з російської Д. Вовка, наукове редагування С. Максимова.

ренням чужих ідей (явище, дуже поширене не тільки серед філософів права), але був цілком здатний осмислити їх на свій лад.

Які ідеї Канта можна простежити в чистому вченні про право? Не претендуючи на повну відповідь, можна вказати на дві особливо важливі з них.

1. Ідея, що у всякому пізнанні є певні концептуальні елементи, які Кант називає категоріями розсудку (*Kategorien des Verstandes*) і які утворюють разом з формами споглядання об'єкти нашого чуттєвого досвіду (*Erfahrung*).

2. Ідея гносеологічного створення наукою її предмета.

Стосовно права ці ідеї означають, що:

1) є специфічні юридичні категорії розсудку, які Кант випустив з уваги (звідси докір Канту від багатьох кантіанських філософів про те, що його філософія права, на відміну від його загальної філософії, не є «критичною»). Ці категорії дозволяють створити предмет юридичної науки, тобто право;

2) право як предмет юридичної науки є, у специфічному сенсі, створінням юридичної науки. Це гносеологічне творення чітко відрізняється від творення правових норм юридичними органами (наприклад, парламентом або суддями). Це означає, що предметом правової науки є не норми, створені законодавцем, а те, що Кельзен називає «*Rechtssatz*», тобто правове положення, сформульоване юристами. Правове положення — це вираження належного (*Sollsatz*), яке приписує застосування правового наслідку (санкцію) у разі правопорушення. Те, що Кельзен називає «*Zurechnung*» (приписування, англ. — *imputation*, рос. — вменение), є специфічною формою зв'язку, завдяки якому правове мислення з'єднує факти (факт правопорушення і факт санкції). Інакше кажучи, принцип приписування (*Zurechnung*) — це юридична категорія мислення.

Важливо не забувати, що у цій концепції правове положення (*Rechtssatz*) не є простим описом правової норми (*Rechtsnorm*), але продуктом правової науки; правові норми створені законодавцем, — це тільки первинні дані, а правопорядок — це не сукупність створених законодавцем норм, а сукупність правових положень, вироблених юридичною наукою.

«Правильно також те, що — у сенсі кантівської теорії пізнання — правознавство як пізнання права, подібно усякому пізнанню, має конститутивний характер і тому “створює” свій предмет настільки, наскільки розуміє його як сповнене смислу ціле. Подібно до того, як хаос чуттєвих сприйнятів перетворюється у космос, тобто у цілісну систему природи, лише у результаті наукового пізнання, що впорядковує, так само і безліч створених правовими органами загальних й індивідуальних правових норм (тобто матеріал, яким володіє правознавство) лише у результаті пізнання правознавством перетворюється в єдину, несуперечливу систему, у правопорядок» [1, с. 74]. Кельзен додає, що це «створення» — чисто гносеологічне і цілковито відрізняється від створення предметів людської працею або від створення права правовими органами.

Це гносеологічне створення правового положення на підставі правової норми відбувається у два етапи:

1) з'єднання фактів, зазначених у нормі через категорію приписування (*Zurechnung*), тобто як належне. Наприклад, якщо законодавець видає норму «Той, хто вбиває іншого, буде покараний тюремним ув'язненням від 8 до 20 років», то правознавець інтерпретує її так: «Якщо наявний факт убивства, то повинна бути застосована санкція (тюремне ув'язнення)»;

2) другий етап полягає в наданні цьому «обов'язку» об'єктивної валідності. Це означає, що акт законодавця, яким він висловлює бажання або вимогу того, що вбивці мають бути покарані (суб'єктивний смисл норми), викладається юристом як об'єктивний (валідний) смисл. Різниця між суб'єктивним смислом акту і його об'єктивним смислом є вирішальною для Кельзена. Те, що дозволяє юристу надати об'єктивний смисл, тобто валідність певним актам, — це основна норма (*Grundnorm*). Ця норма є кінцевою гіпотезою валідності усього правопорядку, бо надає об'єктивний смисл акту першого законодавця, тобто автору першої конституції і побічно всім актам усіх правових органів, заснованих цією конституцією. Основна норма не є позитивною правовою нормою (тобто нормою, створеною певним юридичним органом), це гіпотеза юридичного мислення, категорія розсудку.

«Оскільки лише постулювання основної норми дозволяє витлумачити суб'єктивний смисл факту створення конституції як його об'єктивний смисл, тобто як об'єктивно чинні правові норми, то основну норму — як її описує правознавство — можна назвати трансцендентально-логічною умовою цього тлумачення (якщо тут можна скористатися *reg analogiam* цим поняттям кантівської теорії пізнання)» [1, с. 204–205].

Таким чином, Кельзен стверджує, що правопорядок, тобто об'єктивно валідне право є продуктом гносеологічної розробки правової науки. Це відбувається завдяки двом категоріям: *Zurechnung i Grundnorm*. Вони разом створюють умови для можливості правового пізнання і тим самим — умови створення предмета цього пізнання, тобто самого права.

Категорія приписування (*Zurechnung*) дозволяє, згідно з Кантом, провести розрізнення між природними та нормативними, чи соціальними науками: у перших діє категорія причинності, у других — категорія приписування.

Основна норма завдяки тому, що дозволяє надати об'єктивну валідність законодавчим і судовим актам, дає можливість відрізнити цезаря від пірата, митаря від бандита. Суб'єктивний смисл їх домагання один і той же: обидва висловлюють бажання або вимогу, щоб їм дали якусь суму грошей. Але у той час, як дія бандита полягає тільки в цьому, дія збирача податків має об'єктивний смисл валідної норми, наданий йому юридичною наукою за допомогою основної норми.

III

Як ставиться сьогодні філософія права до цих ідей Кельзена, що їх він запозичив у Канта? Я маю серйозне побоювання, що якщо обмежитися підрахуванням згадок імені Канта і цитат його творів, то відповідь на це питання буде негативною. Більше того, я знаю дуже мало філософів права, які у наш час розділяли б ідеї Канта стосовно створення права правовою наукою. І що навіть більш важливо, сам Кельзен в явній, або дещо завуальованій формі, змінив свою думку, принаймні після так званого «другого» видання його монументальної «*Reine Rechtslehre*» у 1960 р.¹

У цій книзі, як і у більш пізніх творах, роль нормативного положення (*Rechtssatz*) зводиться до простого опису правової норми. І саме ця норма є предметом правової науки.

¹ Як відомо, це не друге видання, а новий твір, який у багатьох моментах відрізняється і за змістом, і за обсягом від так званого «першого» видання 1934 р.

Не підлягає сумніву, що найбільш слабким пунктом у кельзенівській теорії до 1960 р. є аналогія між «хаосом сприйняття» і юридичними нормами, створеними законодавцем, які рідко бувають «хаотичні», бо є продуктом свідомої і дуже часто цілком розумної роботи людей, що займаються створенням права. І те, що цікавить правову науку, — це саме і є опис і систематизація правових норм, створених законодавцем (у широкому сенсі цього слова). Кельзенівській «*Rechtssatz*» — це і є той спосіб, який використовує правова наука [2].

Ця засаднича зміна у понятті правового положення тягне за собою низку інших змін, які піддають сумніву всі конструкції раннього Кельзена. Так, наприклад, поняття *Sollen* втрачає свою домінуючу роль, оскільки Кельзен заявляє, що цей термін не слід розуміти в його нормальному сенсі (як належне), але у технічному сенсі, що охоплює усі нормативні модальності: зобов'язувати, дозволяти і уповноважувати («...*da "sollen" nicht nur "gebieten", sondern auch "ermächtigen" und "positiv erlauben" bedeutet...*»)¹ [1, с. 124–125 (прим.**)]. Таким чином, Кельзен визнає існування дозволяючих норм, які він раніше заперечував (і які продовжують заперечувати деякі з його прихильників, як, наприклад, Коссіо і його послідовники). У цьому сенсі показово, що теорія функцій мови і розвиток деонтичної логіки дають можливість набагато зрозуміліше висловити багато ідей, які ховаються за непевним поняттям «приписування». І відмова від ідеї гносеологічного створення предмета науки робить зайвим звернення до категорій розсудку як до умови можливості права.

Незважаючи на те, що в останніх роботах Кельзена правова норма (а не правове положення) фігурує як предмет правової науки, його концепція правопорядку залишається неясною. Деякі формулювання Кельзена дозволяють припустити, що його концепція не змінилася в цьому пункті [3] і що правопорядок продовжує бути сукупністю положень, а не юридичних норм. Я думаю, що з'ясування цього пункту буде особливо важливим.

Аргументація Кельзена ґрунтується на таких міркуваннях:

1) оскільки норми не можуть бути істинними, немає логічних відносин між нормами; логічні відносини суперечності й імплікації можуть бути тільки між дескриптивними («істиннісними») виразами, тобто між нормативними положеннями (у їх новому розумінні);

2) між нормами та нормативними положеннями існує свого роду ізоморфізм: якщо є суперечність між двома нормами, то обидва положення, що їх описують, є суперечливими, і навпаки;

3) положення, сформульовані наукою права, не можуть бути суперечливими.

Із 2) і 3) випливає:

4) не може бути суперечностей у правопорядку, але

5) Кельзен визнає, що між нормами, створеними законодавцем, можуть бути суперечності², тому

6) ці конфлікти повинні бути усунені шляхом тлумачення для того, щоб правова наука могла описати право у несуперечливих судженнях³;

¹ «...оскільки "те, що повинно бути (належне)" означає не лише "вимагати (наказувати)", але також і "уповноважувати" та "позитивно дозволяти"».

² Кельзен вказує: «Звичайно, правові органи здатні встановити норми, що суперечать одна одній. Таку можливість не можна заперечувати» [1, с. 209].

³ «Але оскільки правознавство, як і будь-яка наука, прагне зрозуміти свій предмет як сповнене смыслом ціле і описати його за допомогою несуперечливих суджень, то воно виходить із того, що

7) правопорядок, що описується наукою права, є сукупністю вже викладених, тобто вироблених правовою наукою, норм.

Найбільш слабкі пункти в цьому міркуванні — це 2) і 6). Схоже, що Кельзен вважає що суперечлива ситуація не може бути описана у несуперечливих судженнях. Це явно абсурдна теза: немає нічого неможливого у несуперечливому описі суперечностей і, зокрема, суперечливих норм. Якби це було так, то не було б логіки. З цього випливає, що теза 4) неприйнятна і також не виправданіми є тези 6), 7) і 2). Немає ніякого ізоморфізму між нормами та нормативними положеннями.

Із цього можна зробити висновок, що правова наука може описати правопорядок, який складається з позитивних норм, створених законодавцем, незалежно від його логічних якостей (присутності прогалин чи конфліктів). Більше того, опис прогалин і суперечностей у праві не тільки цілком можливий, а й становить найбільш цікаве і цінне завдання юридичної науки [4].

Що стосується основної норми, то ця ідея Кельзена зазнала дуже сильної критики з боку Росса [5–7]. Росс вважає, що концепція валідності, або дійсності, як обов'язку дотримуватись норми (об'єктивний смисл Кельзена), суперечить основним методологічним тезам позитивізму чистого вчення про право. Якщо «дійсність» означає обов'язок дотримуватись норми, то питання про підвалини дійсності (питання, на яке основна норма повинна дати відповідь) є питанням про підвалини обов'язку коритися праву. Але це не правова, а моральна проблема, і право не може на неї відповісти з тієї причини, що такий обов'язок (припускаючи, що він існує) не є і не може бути правовим. Юридичні обов'язки завжди ґрунтуються на юридичних нормах. Немає і не може бути юридичних обов'язків поза правом з тієї простої причини, що немає правових обов'язків без юридичної норми, яка їх встановлює. Тому обов'язок дотримуватись права не може бути юридичним обов'язком; у кращому випадку він може бути моральним обов'язком. Але завдання правової науки полягає не у встановленні наших моральних зобов'язань, а у визначенні, які норми належать до даного правопорядку та, відповідно, які правові обов'язки покладає на нас цей правопорядок. Із цього випливає, що правова наука може тільки встановити, які норми є чинними (валідними) у сенсі належності до правопорядку, але не може говорити про валідність у сенсі обов'язку. Теорія основної норми претендує на те, щоб дати відповідь на питання, яке навіть не можна поставити. У той же час сам Кельзен визнає, що основна норма — не продукт вільного вимислу [1, с. 204], і що юристи припускають основну норму тільки стосовно чинного правопорядку. Росс додає би, що це практично єдиний критерій: додавання основній норми нічого не додає [8, с. 70].

Критика того, що я б назвав кантіанськими ідеями Кельзена, зовсім не означає засудження всього чистого вчення про право. Навіть якщо і правда, що Кельзен намагався безуспішно поєднати свою теорію права з кантівською моделлю, несприйняття цієї моделі не заважає розглядати його теорію як аналіз основних юридичних понять, тобто аналіз концептуального апарату, яким правова наука описує право. У цьому сенсі (і позбавлена свого досить поверхового кантіанства) теорія Кельзена є одним із найголовніших внесків у цей аналіз

конфлікти норм у межах розглядуваного нормативного матеріалу можуть і повинні вирішуватися шляхом інтерпретації» [1, с. 210].

(а може, і найголовнішим). У цьому сенсі можна розглядати Кельзена як найважливішого попередника (якщо не батька, то принаймні дідуся) аналітичної філософії права. Теми, проаналізовані ним (включаючи поняття основної норми), з'являються знову в таких авторів, як Харт, Росс, фон Врігт, Боббіо, Карріо, Альчуррон і Булігін, Ніно і Гуастіні. Правило визнання Харта [9, с. 94], основна норма Росса [10] і критерії ідентифікації Альчуррона і Булігіна [4, с. 104–108] — це тільки варіації (можливо, дещо більш тверезі) на ту ж тему, але саме Кельзеніві належить заслуга прокласти шлях до дослідження концептуальних основ права.

Аналітична філософія права, яку не слід плутати з *analytical jurisprudence* Бентама і Остіна, — це не нова школа або теорія філософії права, а швидше, тенденція філософів права використовувати методи і результати аналітичної філософії щодо права.

Я не намагатимусь дати вичерпну характеристику аналітичній філософії, що є досить складним завданням, але думаю, що не завадить згадати про її головні риси задля уникнення непорозумінь та беручи до уваги досить поширену серед традиційних філософів тенденцію змішувати її з логічним позитивізмом. Аналітична філософія не є школою на зразок томізму або марксизму і не є методом, на що претендує феноменологія. Це, швидше, форма філософствування, заснована на загальній концепції філософії, яка, втім, допускає дуже різні теорії щодо окремих проблем і сумісна з різними рішеннями останніх. Головні її риси — це аналіз концептуальних (логічних) елементів пізнання, які винаходяться у логічній структурі мови. Це пояснює інтерес до логіки і те, що розвиток аналітичної філософії збігається з феноменальним зростанням логіки і що імена Фреге, Рассела і Вітгенштейна фігурують серед засновників символічної логіки і аналітичної філософії одночасно. І хоча не всі аналітичні філософи займаються логікою, використання логіки — це одна з типових рис аналітичної філософії. Концепція філософії, як понятійного аналізу, визначає, у свою чергу, неприязне ставлення до туманних метафор та розлогих висловлювань, якими рясніють деякі філософські твори¹. Звідси високий рівень суворості у формулюванні засновків і висновків. Можливо, філософія ніколи не досягала раніше такої близькості до ідеалу точної філософії, стільки разів декларованому від схоластики до Канта і Гуссерля. Ця точність у формулюванні й у побудовах ґрунтується значною мірою (хоча і не виключно) на використанні формальної мови.

Звичайно, було б помилково думати, що всі ці риси властиві всім аналітичним філософам і тільки ним, але вони (риса) створюють певний стиль філософії, який, незважаючи на багатьох попередників (наприклад, Платон, Г'юм і Кант), властивий філософії, що її називають аналітичною.

Ця характеристика аналітичної філософії, хоча і не повна, все ж має бути достатньою для того, щоб показати, що постійні звинувачення у позитивізмі та формалізмі не мають підстав і зумовлені або незнанням, або плутаниною, або і тим і іншим.

Із наведеної характеристики випливає, що аналітична філософія особливо важлива для філософії науки і не випадково, що саме у цій царині перебувають її найбільші досягнення, особливо у філософії математики і фізики. Але і філо-

¹ Найбільш яскраві приклади — це Гегель і Гайдеггер.

софія права, незважаючи на її традиційний консерватизм, не змогла уникнути вказаного впливу. З цієї точки зору чисте вчення про право є попередником аналітичної філософії права, а сам Кельзен — аналітичним філософом права *avant la lettre*.

Незважаючи на очевидні відмінності між аналітичною та критичною філософією Канта, можна простежити зв'язок між ними. І хоча логічний позитивізм був ворожим щодо Канта, я схилиюся до думки, що не тільки *Tractatus Logico Philosophicus* Вітгенштейна [11, с. 214–226], але дух майже усієї аналітичної філософії, включаючи логічний позитивізм, дуже споріднений з кантіанством. Я маю на увазі головним чином концепцію філософії як аналізу понятійної структури пізнання.

Як показав Струсон [12], у кантівській філософії це дослідження пов'язане з моделлю, сформульованою майже у психологічних термінах, як обумовлена здібностями нашого розуму: здатність сприйняття (споглядання) і активна (розсудок). Їх апіорний (необхідний) характер викладений Кантом як наслідок структури пізнання людини і здібностей її розуму. Ця модель, у поєднанні із вченням Канта, яке бачить час і простір як чисті форми сприйняття, приводять його до трансцендентального ідеалізму, головна характеристика якого — це відмінність між реччю в собі і видимою нами природою, яку тільки ми і здатні пізнати. Людський розум, одночасно і активний, і такий, що споглядає, утворює феноменальну природу, виходячи з непізнаваної «речі в собі». Внаслідок цього аналітичне завдання Канта залишилося здебільшого у руслі доктрини трансцендентального ідеалізму, що, як ясно показує Струсон, суперечить самим принципам критичної філософії.

Але обидві сторони кантової теорії незалежні і тому можуть і повинні бути розділені. Струсон пропонує відкинути сумнівну психологічну модель Канта і його ще більш сумнівний трансцендентальний ідеалізм, надаючи перевагу його аналітичному дослідженню, яке, на думку Струсона, є найбільш цінним внеском Канта у філософію.

Я вважаю, що еволюція мислення Кельзена — це добра ілюстрація цієї тези. Кельзен серйозно намагався застосувати у праві ідеї трансцендентального ідеалізму і перш за все ідею створення людським розумом об'єкта пізнання. Його поразка у цій справі дуже повчальна, бо вона суть прямий наслідок неузгодженості самої доктрини. Але зняття цих поверхових кантівських шат не означає заперечення впливу Канта на сучасну філософію права. Чиста теорія права Кельзена як аналіз понятійної структури правової науки за своїм духом наслідує філософії Канта.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Kelsen H.* Reine Rechtslehre / H. Kelsen. — 2. Aufl. — Wien, 1960.
2. *Bulygin E.* Kelsen on the Completeness and Consistency of Law / E. Bulygin // *Kelsen Revisited* / L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.). — Oxford, 2013. — P. 225–243.
3. *Berger M. G.* La teoría kelseniana de la normatividad / M. G. Berger. — México, 2014.
4. *Альчуррон К.* Нормативные системы : пер. с англ. / К. Альчуррон, Е. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб., 2013. — С. 44–192.

5. Ross A. Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law / A. Ross // *Revista Juridica de Buenos Aires*. — 1961. — Vol. — P. 49–93.
6. Ross A. Normativity and Norms Critical Perspectives on Kelsenian Themes / A. Ross // Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson (eds.). — Oxford, 1998. — P. 147–163.
7. Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом / А. Росс // *Рос. ежегодник теории права*. — 2009. — № 2. — С. 458–473.
8. Ross A. On Law and Justice / A. Ross. — London, 1958.
9. Hart H. L. A. The Concept of Law / H. L. A. Hart. — 2nd ed. — Oxford, 1994.
10. Ross A. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional / A. Ross // *El concepto de validez y otros ensayo*. — Buenos Aires, 1969. — P. 47–82.
11. Stenius E. Wittgenstein's Tractatus / E. Stenius. — Oxford, 1960.
12. Strawson P. The Bounds of Sense / P. Strawson. — London, 1966.

Булигін Є. В. Кант і сучасна філософія права

Анотація. Автор розглядає вплив філософії Канта на сучасну філософію права, передусім на чисте вчення про право Кельзена, а через Кельзена — на аналітичну філософію. На думку автора, Кельзен серйозно намагався застосувати у праві ідеї трансцендентального ідеалізму і у першу чергу ідею створення людським розумом об'єкта пізнання, однак ці спроби виявилися марними, передусім через слабкість самої філософії Канта у цьому питанні. Водночас такий висновок не нівелює значення чистого вчення про право як такого. Автор наполягає, що Кельзена слід розглядати як найважливішого попередника (якщо не батька, то принаймні дідуся) аналітичної філософії права.

Ключові слова: Кант, Кельзен, аналітична філософія, чисте вчення про право, пізнання права.

Булыгин Е. В. Кант и современная философия права

Аннотация. Автор рассматривает влияние философии Канта на современную философию права, прежде всего на чистое учение о праве Кельзена, а через Кельзена — на аналитическую философию. По мнению автора, Кельзен серьезно пытался применить в праве идеи трансцендентального идеализма и в первую очередь идею создания человеческим разумом объекта познания, однако эти попытки оказались неудачными, прежде всего из-за слабости самой философии Канта в этом вопросе. В то же время этот вывод не нивелирует значения чистого учения о праве как такового. Автор настаивает, что Кельзена необходимо рассматривать как предшественника (если не отца, то хотя бы дедушку) аналитической философии права.

Ключевые слова: Кант, Кельзен, аналитическая философия права, чистое учение о праве, познание права.

Bulygin E. Kant and Contemporary Philosophy of Law

Summary. The author researches the influence of the Kantian philosophy on contemporary philosophy of law, primarily on the Pure theory of law by Kelsen and through Kelsen's theory on analytical philosophy. The author believes Kelsen tried to apply in law ideas of transcendental idealism, and first of all the idea of creation of object of knowledge by human reason, but that tries were unsuccessful. It is also emphasized that Kelsen should be considered as a forerunner (if not a father but at least a grandfather) of analytical philosophy of law.

Key words: Kant, Kelsen, analytical philosophy of law, the Pure theory of law, cognition of law.

НІМЕЦЬКА ФІЛОСОФІЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА НАПРИКІНЦІ XVIII — НА ПОЧАТКУ XIX СТ. І ТРАНСФОРМАЦІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

О. КРЕСІН
*кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії
порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
(Інститут держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України)*



Осмилення Французької революції та наполеонівських воєн, становлення ідеї соціального права, доктрини позитивного права мало свої особливості в німецьких державах — на тлі втрати формальної національної єдності (розпаду Священної римської імперії німецької нації), окупації та насадження зарубіжного права, зміни кордонів. Неможливість досягнення єдності, а також виклик революції у Франції, яка у свідомості німців виступала як постійний суперник, конкурент, а відповідно — невід’ємна негативна частина німецької ідентичності, вимагали формулювання власної відповіді, своєї стратегії розвитку суспільства, держави, права.

І. Кант, відвертий послідовник Ж. Ж. Руссо, у своїй праці «До вічного миру» (1795) остаточно ствердив соціальність права та особливе у праві через ідею національного права, проголосивши державу «моральною особистістю», й на основі ідеї суспільного договору ввів нове поняття «громадянсько-правовий стан» [10, с. 3, 9, 13, 59; див. також: 9, с. XIX]. Заслуга І. Канта у цій сфері полягає у запровадженні чіткої типології соціального права («правового устрою») — його поділі на національно-державне («устрій людей в одному народі за державним правом», «правове законодавство народу», *jus civitatis*) та міжнародне («устрій держав щодо одна одної», *jus gentium*). Таким чином, було чітко проголошено єдину природу національного та міжнародного права (обидва мають договірний і вольовий, тобто соціальний за своєю сутністю характер).

Надзвичайно цікавою є кантівська ідея третього типу правового устрою — космополітичного права, яке визначається як спільне у правових устроях першого і другого типів і формується на основі зв’язків та взаємовпливів між правовими устроями [10, с. 12–13]. І. Кант вказав, хоча й докладно не розвинув цю тезу, на такі джерела подібностей у розвитку національних правових систем, як етнокультурна спорідненість та релігія [10, с. 34, 40].

Отже, так би мовити, спільний знаменник у праві, те, що може стояти поза правовими нормами і між ними, стає історичним і соціальним, остаточно витісняється ідея про природне право — не лише як, власне, право, а й як правова доктрина, джерело правового мислення і правової аргументації. Все право і вся юридична наука, таким чином, є соціальними, побудованими, відповідно, на практичній реалізації та осягненні волі націй і держав як суспільних інститутів.

І ще один акцент: І. Кант виразно ствердив неможливість перетворення «космополітичного права» у державне [10, с. 19, 39–40]. Незважаючи на поступове зростання спільних елементів у праві та ідею «союзу народів», мислитель указував на неможливість єдиного всесвітнього права, розглядаючи націю як незнищений соціальний феномен, як таку, що завжди матиме право на своє національне право (реалізоване як державне право) як свій унікальний суспільний договір.

Більше того, І. Кант заперечив можливість теоретичної побудови всесвітнього права, натомість стверджуючи необхідність постійних емпіричних досліджень: «...усі плани теорії для державного, міжнародного і космополітичного права розпливаються в беззмістовні, нездійсненні ідеали; навпаки, лише практика, заснована на емпіричних принципах людської природи, яка не вважає для себе занадто принизливим витягувати повчання для своїх максим зі становища речей у світі, могла би сподіватися знайти надійну основу для будівлі державної мудрості». І навпаки — можливість апріорної побудови моделі «принципів державного устрою взагалі» ним виразно відкидалася [10, с. 49, 52].

Отже, основою «мудрості», орієнтиром розвитку національного права мають стати емпіричні юридичні дослідження загального у правовому розвитку. Таким чином, філософський інструментарій більше не є основним засобом правового пізнання, йдеться про створення методології емпіричного юридичного дослідження наднаціональних змін у праві для вдосконалення національного права.

На нашу думку, значення ідей І. Канта для генези порівняльного правознавства полягає у систематизації та завершенні злиття ідей національного і соціального права у формі національно-державного правового устрою, завершенні ідеї соціального характеру міжнародного права, остаточно витісненні природного права з юридичної науки. Таким чином, було визначено і локалізовано окреме і загальне у праві, раціоналізовано сферу правових взаємодій та обґрунтовано плюралістичність правового розвитку, а також вказано на необхідність нової методології пізнання емпіричного і соціального наднаціонального у праві.

Звичайно, все відзначене повною мірою стосується лише пізнього І. Канта — його праць 90-х рр. XVIII ст. Щоправда, до цього періоду право й не було предметом його спеціальної уваги. Так, у більш ранніх працях мислитель підкоряв будь-які правові устрої як тимчасово раціональні остаточно розумним апріорним побудовам [цит. за: 23, с. 244]. На нашу думку, позиції пізнього І. Канта принципово не змінилися, відбулася лише більш чітка диференціація юридичного та філософського знання, визнання автономності правової сфери як творіння раціональної (чи навіть ірраціональної) колективної людської свідомості й волі.

Про це свідчить вислів, з якого починається праця І. Канта «Метафізика моральності» (1797): «Немає у світі, а також поза ним нічого такого, про що можна було б подумати, що воно може бути розглянуто як абсолютно хороше, окрім доброї волі» [11, с. 137]. І принципово важливою є структура праці, а саме її поділ на дві частини: «Метафізичні засади вчення про право» та «Метафізичні

засади вчення про чесноти». Отже, мораль не абсолютна і, в будь-якому разі, відносно відокремлена від права; право є творінням колективної волі, а не теоретичною моделлю філософа.

У цій праці І. Кант розвиває вчення про право, накреслене у статті «До вічного миру». Зокрема, він знімає суперечність між мінливою суспільною волею та вимогою стабільності й обов'язковості права, а також звертається до теорії суверенітету — як сполучної ланки між волею та правом. У баченні І. Канта народна воля через оволодіння владою перетворюється на суверенну волю. Суверенна держава хоча і породжена народною волею, але має певний ступінь автономії від неї. І саме держава, а не безпосередньо народна воля, породжує право, обов'язкове і священне для всіх.

І попри застереження — припущення існування природного закону щодо держави та її правотворення (достатньо невиразна і докладно не розкрита формула) — І. Кант у «Метафізиці моральності» проголосив можливість існування національного позитивного права: «можна уявити собі законодавство, що складається з одних позитивних законів (тобто встановлених волею законодавця, таких, що не випливають із природного права)»; «суворе право (*strikte recht* можна перекласти точніше як «власне право», «суто право», «право саме по собі». — О. К.), тобто таке, до якого не примішується нічого етичного» [11, с. 141; див. також: 22, с. 123–124, 136–137, 153]. Безумовно, ідея про те, що право є національним і позитивним, абсолютно чітко вказувала на його соціальний характер.

Паралельно з філософським обґрунтуванням національного права як об'єкта юридичного дослідження завершувалося і його історичне обґрунтування, засноване ще на традиціях *mos gallicus ma usus modernus*. Найважливішу роль у цьому відіграла геттінгенська школа, заснована у середині XVIII ст. І. С. Пюттером та А. Ф. Шоттом і натхненна ідеями Й. Г. Гейнеціуса і Ш. Л. Монтеск'є. Цьому сприяв вільний дух Геттінгенського університету, що перебував у складі Ганноверського курфюрства, пов'язаного персональною унією з Англією.

Зокрема, І. Пюттер у «Нарисі державного та монаршого права Німеччини» (1779 р.) сформулював презумпцію загального права Німеччини — незважаючи на відмінності у позитивному праві німецьких держав. І пізнаватися це загальне право мало за допомогою порівняння [29, с. 30–31]. Ще у 1748 р. І. Пюттер закликав до реконструкції давнього германського права, яке є основою загальнонімецького права, його відокремлення від римського та канонічного права, порівняльного пізнання особливостей їх чистих форм. Звичайно, можна погодитися з Г. Хамзою в тому, що така «реконструкція» насправді була конструюванням права [29, с. 31]. І. С. Пюттер, А. Ф. Шотт, Ф. Рунде, І. Ф. Рейтемейер, К. Г. Бінер сформулювали вимогу до юридичної науки, викладання та практики очистити німецьке право і «вигнати» римське право з Німеччини, цим виправивши помилки минулого [29, с. 32–33; 4, с. 38; 24, с. 303; 21, с. 38–39]. Останній став автором кількатомного видання «Коментарі щодо походження та розвитку германського права» (1787–1795).

Водночас не слід сприймати такі ідеї як орієнтацію на пошук лише національних відмінностей. Засновник геттінгенської школи І. С. Пюттер ще у «Новому досвіді юридичної енциклопедії та методології» (1767) вказував, що історія права (яка розумілася ним та його послідовниками як емпірична юридична наука загалом — на відміну від апріорно-філософського пізнання права)

має вивчати відмінності, подібності та взаємозв'язки між правовими системами всіх народів і часів, встановлюючи їх причини та наслідки [24, с. 302–303; 21, с. 35, 38].

Але найбільш послідовно ці ідеї наприкінці XVIII ст. було обґрунтовано представником геттінгенської школи Г. Гуго, який проголосив ідею саморозвитку права: позитивне право кожного народу розвивається у зв'язку з його мовою і змінюється саме по собі, як і мова. Юридичний побут визначається зовнішніми умовами, унікальними в кожного народу [5, с. 274; 21, с. 43, 45; 15, с. 271; 7; 13, с. 104–105; 12, с. 374]. При цьому народ для Г. Гуго не є випадковою спільністю, він є природним організмом, пов'язаним не стільки біологічно, скільки духовним спілкуванням минулих, сучасного та майбутніх поколінь, особливою традицією, частиною якої й виступає право [12, с. 376; 24, с. 303–304]. П. Новгородцев, аналізуючи праці Г. Гуго, відзначав: «він вніс до науки ідею самобутнього розвитку права, повагу до звичаєвого права та до історичного минулого» [21, с. 47]. Указуючи на відмінності вчення пізнішої історичної школи права від концепцій цього вченого, П. Новгородцев наголошував, що у Г. Гуго відсутня ідея впливу національного характеру на право [21, с. 47; 7]. Утім така оцінка викликає сумніви, адже Г. Гуго був послідовником Ш. Л. Монтеск'є, який визнавав вплив національного характеру на право і фактично писав про національний дух права, та й сам розглядав право як частину національної культури.

Г. Гуго розробив ідею «*verschiedenen positiven Rechte*» — різноманітності позитивного права, пізнання позитивного права як відображення досвіду різних народів. Розвиваючи вчення І. С. Пюттера, він пропонував «вивчати позитивне право окремих народів, шукати причини і наслідки, порівняти варіанти між собою» [31, с. 10; цит за: 32, с. 102]. Г. Гуго зазначав, що завдяки порівнянню позитивного права можна визначити кращі моделі або варіанти поліпшення певної правової моделі [30, с. 87; 32, с. 103]. І водночас, як і інші його колеги з геттінгенської школи, метою порівняння Г. Гуго вважав ідентифікацію національного права, його очищення від чужих елементів — на основі ідеї щодо саморозвитку права в контексті мови і культури [15, с. 271–272; 13, с. 104–106; 21, с. 43].

Погляди Г. Гуго, які було успадковано історичною школою, відрізнялися від кантіанської філософської школи (знов-таки, суттєва плутанина виникає через неврахування багатьма дослідниками відмінностей між поглядами І. Канта у 70–80-х і 90-х рр. XVIII ст., а також між поглядами Г. Гуго в різні періоди його творчості; останнє питання потребує спеціального дослідження). Якщо для пізнього І. Канта право, поза питанням про його розумність, є динамічним продуктом водночас суспільної волі та узгодження окремих людських воль, то для Г. Гуго та історичної школи право є більшою мірою спадкоємним досвідом народу (який також можна розглядати як ірраціональну чи раціональну волю до збереження цього досвіду).

Саме Г. Гуго є автором ідеї, підхопленої та розробленої докладніше Ф. К. Савінї, щодо двох стадій правового розвитку, які можна умовно назвати народною та академічною¹. Але на другій стадії, коли правові знання, правотво-

¹ Найвиразніше — у статті «Закони не є єдиним джерелом правової істини» 1812 р. Про це див.: [21, с. 43].

рення та правореалізація потрапляють до рук професіоналів, право, на думку Г. Гуго, не пориває з народною традицією і не набуває волюнтаристського чи апіорно-філософського характеру, а зберігає органічний зв'язок із попереднім періодом, при цьому технічно вдосконалюючись [12, с. 376, 380].

На нашу думку, незважаючи на ці суттєві відмінності, слід відзначити, що право обома школами розглядалося як соціальне, соціальне окреме — локалізоване в просторі в межах національних держав. Відмінності, швидше, стосуються форми зв'язку права з інтересами суспільства, вираження цих інтересів шляхом політичної волі чи традиції.

Утім у своїх працях більш пізнього періоду Г. Гуго враховує положення кантівської філософії й розвиває її. Зокрема, визнаючи кантівську вимогу остаточної розумності права, він обґрунтовує незнищенність у сучасному та майбутньому світі національності та соціальності права, що реалізується у формі позитивного права суверенних держав [5, с. 273–274; див. також: 27, с. 126–128, 130; 18, с. 233]. І предметом юридичної науки для Г. Гуго має бути, на відміну від філософії, що апіорно пізнає остаточно розумність, емпіричне пізнання правової раціональності: «Реальний правовий стан, як ми говоримо, є емпіричним, залежним від часу і місця, випадковим, факти якого слід вивчати на основі власного і чужого досвіду, в історичному контексті (в повному розумінні цього слова)» [5, с. 274]. Зрозуміло, що «місце» і «чужий досвід» тут безперечно вказують саме на порівняльне пізнання, яке Г. Гуго включав до історичного.

Саме із соціально-вольового характеру права для Г. Гуго впливає визначення юридичної науки як суспільної, що за сутністю принципово відрізняється від «точних» наук. І саме через соціальність права, на його думку, предметом юридичної науки є не пізнання єдиного закону чи принципу (справедливості, природного права), а емпіричне осягнення існуючого (позитивного) правового різноманіття [5, с. 275].

І саме в контексті кантівської ідеї «космополітичного права» як взаємодії правових систем можна зрозуміти те, що ідентифікація чистого національного права, його реконструкція/конструкція в пізніших працях Г. Гуго стають суто дослідницькою, а не практичною проблемою. Він визнав, що «народ, що перейняв у галузі науки і навіть релігії традиції інших народів... насправді не може створити своє право, абсолютно незалежне від зовнішніх впливів» [5, с. 276]. Національне право для Г. Гуго — це насамперед воля конкретного суспільства в конкретний історичний час, а не безумовне слідування традиції.

Утвердження ідеї національного права також було суттєво підтримане загальним розвитком та популяризацією вчення про націю, національну мову і культуру в німецьких державах та поза ними. Зокрема, це відбувалося в руслі такого філософського напрямку, як романтизм. Як зазначав К. Жоль, «Романтики розглядали природу, не протиставляючи її культурі, швидше, як передкультуру, як можливість культури, як необхідний ступінь у світовому розвитку. Відповідно до цього і минуле вони уявляли не як дещо безповоротно минуле, вмерле, а як джерело життєвих сил сучасності... Романтики — це переконані історики, для яких історизм — найважливіший світоглядний і пізнавальний принцип» [8, с. 315].

Й. Г. Гердер у праці «Мова і національна індивідуальність» проголосив вольове творення нації з відокремленого в силу тих чи інших обставин суспільства, що згодом підтримується традицією та звичкою, хоча й не заперечував

впливу об'єктивних причин на цей процес [3, с. 37, 39, 41–44]. Водночас у своїй надзвичайно впливовій праці «Ідеї до філософії історії людства» (1784–1791) він вказував на органічний розвиток націй як «природних систем», а також рівність народів у своїй індивідуальності та незіставності з іншими – поруч із загальною стадіальністю розвитку культур і людського розуму [2, с. 440–441, 544; див. також: 4, с. 39].

Учень і друг І. Канта – Й. Г. Гердер ще у 1770-х рр. різко розкритикував свого вчителя за перехід від емпірицистської до «критичної» філософії, вказавши на неможливість абстрактного всесвітнього інтелектуального прогресу, який обов'язково має конкретне та індивідуальне втілення у розвитку окремих націй¹. Й. Г. Гердер створив нову філософію нації (як відображення тогочасної власне німецької політичної та інтелектуальної реальності), яка домінує, з одного боку, над людиною, надаючи їй мову, культуру, цінності та національний дух, а з другого – саме сума розвитку націй визначає загальний розвиток цілого людства, нації, є провідниками Божої волі [28, с. 2006, 2009; 16, с. 403; див. також: 26, с. 122]. У цій філософії нації (у 1774 р. Й. Г. Гердер чи не вперше назвав її націоналізмом) одночасно як традиції та природного організму її єдність і функціонування не залежали від власної державності [16, с. 405].

Щоправда, такі погляди привели Й. Г. Гердера не лише до вчення про плюральність розвитку світу, а й до радикальної ідеї щодо незіставності націй: «будь-яке порівняння є безплідним», адже воно експліцитно чи імпліцитно спрямоване на доведення вищості певної нації чи сукупності націй (він звинувачував І. Канта в європоцентризмі) або виведення абстрактних принципів, що нехтують національними відмінностями. Дещо парадоксально, зважаючи на наголос Й. Г. Гердера на емпіричному пізнанні та важливості порівняння для формування розуму людини [28, с. 2007, 2009]. І. В. Гете так само стверджував плюралістичність розвитку світу й можливість його пізнання лише через окреме – вивчення буття окремих націй [20, с. 64].

Й. Г. Фіхте у праці «Що таке народ у вищому розумінні цього слова і що таке любов до Батьківщини» проголосив націю провідником Божої волі, неминущою природною і духовною спільністю, виразом якої є національний характер. На відміну від Й. Г. Гердера або І. В. Гете він однозначно приписував нації прагнення до державотворення – як утворення політичного союзу для здійснення свого особливого етичного ідеалу; більше того, він вважав, що державотворення може бути лише національним [25, с. 48–49; 14, с. 69–71; 17, с. 75–80; 16, с. 408–410]².

¹ «Людська природа, навіть у її найкращих рисах, не є незалежним божеством: вона має вивчати все, розвиватися через прогрес, вдосконалюватися через поступову боротьбу. Природно вона буде розвиватися здебільшого чи виключно в тих напрямках, які ведуть її до добродетності, боротьби чи до прогресу. Кожна форма людського вдосконалення, отже, є по суті національною та обмеженою часом, і, розглянута максимально конкретно, індивідуально. Нічого не розвивається, не будучи обумовленим часом, кліматом, необхідністю, світовими подіями чи примхами долі... Це все буде приголомшливим для кожного, хто носить із собою ідеалізований образ добродетності згідно з вченням його століття, хто настільки наповнений філософією, що очікує знайти весь всесвіт у піщинці» (див.: Гердер Й. Г. «Ще одна філософія історії», 1774 р.). У нашому перекладі цит. за: [28, с. 2006]. Див. також: [19, с. 55; 16, с. 403–404].

² Вважається, що ідею національної незалежності вперше сформулювала французька письменниця А. Л. Ж. Сталь у 1810 р., а Й. Г. Фіхте цю ідею в неї запозичив (див.: [8, с. 416]). Зрозуміло, що вже сама ця ідея означає тріумф вчення про соціальність права, але Й. Г. Фіхте пішов у своїх поглядах далі.

Для цілей нашого дослідження важливо підкреслити, що Й. Г. Фіхте, на відміну від І. Канта, не вважав, що створена волею суспільства держава здобуває до певної міри суверенний щодо цього суспільства статус: у баченні Й. Г. Фіхте держава постійно залишається слугою нації. Вже у своїй ранній праці «Основи природного права згідно з принципами науковчення» 1796 р. Й. Г. Фіхте проголошував, що право є виключно соціальним явищем, а також що мораль є похідною від права, а не навпаки [8, с. 292–293]. У своїх працях він стверджував: «Народ і батьківщина... вище, ніж держава у звичайному сенсі слова, вище за суспільний порядок...» [цит. за: 16, с. 410; див. також: 1, с. 250]. Як зазначав Г. Гурвич, ця ідея Й. Г. Фіхте означала неможливість редукувати соціальне до державного: «правовий порядок “суспільства” є безкінечно багатшим, ніж правовий порядок держави, як за духовним змістом, так і за його спонтанною життєвою силою» [6, с. 626].

Цю ідею розвинув учень Й. Г. Фіхте К. Х. Ф. Краузе, який у праці «Прообраз людства» (1811) сформулював типологію суспільних груп у межах «комплексного суспільства» і проголосив право спонтанним творінням кожної з цих груп, які об'єднує служіння певному ідеалу, через що весь цей правовий масив може бути узгоджений на рівні всього суспільства і держави як загальносуспільного інституту. Сама ж держава створити право безсила і лише визнає чинність суспільного права [6, с. 626–627]. Можна побачити, що у вченнях Й. Г. Фіхте і К. Х. Ф. Краузе націоналізм набув свого юридичного вираження і воно збіглося (можливо, швидше, наслідувало і продовжувало) з ідеями Г. Гуго.

Отже, німецькі інтелектуали запропонували власне осмислення революційних подій і перетворень у світі. І. Кант у своїх працях 90-х рр. XVIII ст. запропонував основи універсального філософського вчення про соціальне право, у тому числі виокремив договірну й соціальну сутність соціальних правопорядків, сконструював їх типологію, обґрунтував національно-державний правопорядок — соціальне окреме — як базову та неминущу модель правового розвитку, а також не-трансцендентний, іманентний характер соціального загального. У цілому вчення І. Канта останнього періоду його життя можна визначити як філософію національних держави і права.

Інший за своїм підходом (історичним), але сутнісно подібний варіант такої філософії запропонували вчені Геттінгенського університету, насамперед у особі Г. Гуго. В її основі була ідея органічного розвитку права, що наголошувало на більшою мірою ірраціонально-консервативній, а не на раціональній та свідомій волі нації до правотворення.

І пізній кантіанський, і геттінгенський підходи у філософії права засновувалися на конкретно-соціальному розумінні права. Але вважаємо достатньо характерним те, що саме геттінгенська школа вперше визначила правознавство як окрему науку, до того ж науку суспільну — що вивчає право як плюральну сферу саморозвитку і взаємодії різноманітних та рівних історично сформованих національних правопорядків.

Саме геттінгенська школа не лише проголосила необхідність емпіричного підходу до соціальної реальності, а й запропонувала для цього відповідний методологічний інструментарій — історичний та порівняльний методи дослідження — з виразним соціальним наповненням. Відокремлення Г. Гуго порів-

няльного дослідження правової реальності від створення моделі національного права як (користуючись термінологією М. Вебера) «ідеального типу», на нашу думку, створило основу для формування компаративістики як третього шляху між філософським і догматичним осмисленням права.

Вчення І. Канта і Г. Гуго було посилене розвитком у Німеччині філософії нації. І якщо Й. Г. Гердер запропонував філософію органічного творення нації та права як елемента національної культури незалежно від державності, то Й. Г. Фіхте проголосив державотворення невід’ємним елементом національного становлення, поєднання органічних і вольових засад у розвитку національного права. Докладно розроблені засади вчення про національне право поступово увійшли до предмета нових дисциплін — соціології та соціології права. Але їх сутність — ідея соціального окремого в праві — так само стала основою формування юридичної компаративістики та інших юридичних дисциплін.

Сутність німецьких учень про національне право кінця XVIII — початку XIX ст. не була унікальною, ідеї органічного та вольового розвитку права можна умовно назвати, наприклад, моделями Ш. Л. Монтеск’є і Ж. Ж. Руссо. Так само не були виключно німецьким винаходом або нововведенням епохи Романтизму ідеї щодо нації, національного характеру, колективного ірраціонального та ін. Але саме в німецьких державах через особливу роль ученого-юриста (а не як, наприклад, у Франції, законодавця і реформатора) у створенні концепту і простору національного права вчення про нього набуло особливого розвитку, наслідком чого, власне, і було народження сучасної юридичної науки.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Андрущенко В.* Історія соціальної філософії (західноєвропейський контекст) / В. Андрущенко. — К. : Тандем, 2000.
2. *Гердер Й. Г.* Идеи к философии истории человечества / И. Г. Гердер ; пер. и примеч. А. В. Михайлова. — М. : Наука, 1977.
3. *Гердер Й. Г.* Мова і національна індивідуальність / Й. Г. Гердер // Націоналізм: Антологія / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К. : Смолоскип, 2000.
4. *Гирке О. фон.* Историческая школа права и германисты / Гирке О. фон // Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права ; пер. с нем. Г. Жигулина ; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. — М. : Статут, 2011. — Т. I.
5. *Гуго Г.* Учебник по курсу цивилистики / Г. Гуго // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. — Т. III: Европа. Америка: XVII–XX вв. ; Нац. обществ.-науч. фонд ; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. — М. : Мысль, 1999.
6. *Гурвич Г. Д.* Социология права / Г. Д. Гурвич // Философия и социология права: Избр. соч. / пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. — СПб. : Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, изд-во юрид. фак. С.-Петербур. гос. ун-та, 2004.
7. *Дерюжинский В. Ф.* Гуго / В. Ф. Дерюжинский // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. — Т. IX. — СПб., 1893 [Електронний ресурс] // Сайт «Викитека». — Режим доступу : <http://ru.wikisource.org/wiki>.
8. *Жоль К. К.* Философия и социология права / К. К. Жоль. — Киев : Юринком Интер, 2000.
9. *Камаровский Л. А.* От редактора // Кант И. Вечный мир. Философский очерк / Л. А. Камаровский ; пер. С. М. Роговина, Б. В. Чредина ; под ред. Л. А. Камаровского. — М. : Тип. Т-ва И. Д. Сытина, 1905.
10. *Кант И.* Вечный мир. Философский очерк / И. Кант ; пер. С. М. Роговина, Б. В. Чредина ; под ред. Л. А. Камаровского. — М. : Тип. Т-ва И. Д. Сытина, 1905.

11. *Кант И.* Метафизика нравов / И. Кант // Соч. : в 6 т. — Т. 4 (2): Сочинения по этике. — М. : Мысль, 1963.
12. *Карасевич П.* Историческая школа в области права / П. Карасевич // Моск. унив. изв. — 1870. — № 7.
13. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. — СПб., 1914.
14. *Куян І. А.* Суверенітет. Проблеми теорії і практики. Конституційно-правовий аспект : монографія / І. А. Куян. — К. : Академія, 2013.
15. *Лысенко О. Л.* Густав Гуго / О. Л. Лысенко // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. — Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. ; Нац. обществ.-науч. фонд ; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. — М. : Мысль, 1999.
16. *А. С. Медяков А. С.* Национальная идея и национальное сознание немцев / А. С. Медяков // Национальная идея в Западной Европе в Новое время. Очерки истории ; отв. ред. В.С. Бондарчук. — М. : Зерцало-М, Вече, 2005.
17. *Мере Ж.* Принцип суверенітету. Історія та основи новітньої влади / Ж. Мере ; пер. з франц. Л. Кононовича. — Львів : Кальварія, 2003.
18. *Мироненко О. М.* Історична школа права / О. М. Мироненко // Правова держава. — 1999. — Вип. 10.
19. *Нарский Н. С.* Гердер / Н. С. Нарский // Антология мировой философии : в 4 т. — Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII — первых двух третей XIX в. / редкол.: Н. С. Нарский (ред.-сост.) и др. — М. : Мысль, 1971.
20. *Нарский Н. С.* Гете / Н. С. Нарский // Антология мировой философии : в 4 т. — Т. 3 : Буржуазная философия конца XVIII — первых двух третей XIX в. / редкол.: Н. С. Нарский (ред.-сост.) и др. — М. : Мысль, 1971.
21. *Новгородцев П.* Историческая школа юристов. Ее происхождение и судьба / П. Новгородцев // Немецкая историческая школа права. — Челябинск : Социум, 2010.
22. *Новгородцев П.* Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве / П. Новгородцев. — М. : Унив. тип., 1901.
23. *Пилянкевич Н. И.* История философии права / Н. И. Пилянкевич // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира : у 2 кн. — Кн. 1 / уклад. І. С. Гриценко, В. А. Короткий ; за ред. І. С. Гриценка. — К. : Либідь, 2011.
24. *Тарановский Ф. В.* Учебник энциклопедии права / Ф. В. Тарановский. — Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1917.
25. *Фіхте Й. Г.* Що таке народ у вищому розумінні цього слова і що таке любов до Батьківщини / Й. Г. Фіхте // Націоналізм: Антологія / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К. : Смолоскип, 2000.
26. *Хобсбаум Э.* Нации и национализм после 1780 года / Э. Хобсбаум ; пер. с англ. А. А. Васильева. — СПб. : Алетейя, 1998.
27. *Чичерин Б. Н.* История политических учений. — Т. 3 / Б. Н. Чичерин. — 2-е изд., испр. — СПб. : Изд-во РХГА, 2010.
28. *Ewald W.* Comparative Jurisprudence: What Was it Like to Try a Rat? / W. Ewald // University of Pennsylvania Law Review. — 1995. — Vol. 143.
29. *Hamza G.* Comparative law and Antiquity / G. Hamza. — Budapest : Akademiai kiado, 1991.
30. *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 1. Band, welcher, als allgemeine Einleitung in die Jurisprudenz überhaupt und den civilistischen Cursus ins besondere, die juristische Encyclopadie enthält. Zweiter, ganz von neuem ausgearbeiteter, Versuch / G. Hugo. — Berlin, 1799.
31. *Hugo G.* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Zweyter Band, welcher das Naturrecht, als eine Philosophie des positiven Rechts enthält / G. Hugo. — Berlin, 1798.
32. *Mohnhaupt H.* Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P. J. A. Feuerbachs / H. Mohnhaupt // Rechtsgeschichte in den

beiden deutschen Staaten (1988–1990): Beispiele, Parallelen, Positionen / Hrsg. Von H. Mohnhaupt. — Frankfurt am Main : Klostermann, 1991.

Кресін О. В. Німецька філософія національного права наприкінці XVIII — на початку XIX ст. і трансформація юридичної науки

Анотація. У статті розглянуто трансформацію концепту національного права у працях німецьких мислителів у період Великої французької революції та наполеонівських воєн. Основною лінією цієї трансформації, на думку автора, є завершення соціалізації філософії права, а також утвердження емпіричної методології дослідження та позитивістського праворозуміння.

Принципово важливими в цьому контексті є більш послідовне відділення права від етики, а також виокремлення національного права як соціального окремого в праві. Велике значення також мав розвиток загального вчення про націю як провідний у конкретно-історичних умовах напрям соціальної філософії, набуття цим вченням політико-філософського характеру.

Автор вказує на те, що німецькі мислителі цього періоду запропонували досить послідовну типологію соціально-правових феноменів: соціальне окреме (національно-державне право) — соціальне особливе (сфера взаємодії національних правопорядків, «космополітичне право») — соціальне загальне (міжнародне право). Основними сутнісними характеристиками такої типології стали не-трансцендентний, іманентний характер соціальних особливого і загального, а також їх формування на основі взаємодії позитивних правопорядків. Це дало змогу завершити плюралістичну за своїм характером правову картину світу, соціальну та позитивну модель сфери права як відносно автономної підсистеми буття людини. Автор також вважає, що емпіризм нового бачення сфери права знайшов своє вираження у компаративізмі.

На підставі свого дослідження автор доходить висновку про завершення німецькими мислителями кінця XVIII — початку XIX ст. формування теоретико-методологічних основ сучасної юридичної науки.

Ключові слова: історія юридичної науки, емпіризм, позитивізм, компаративізм, класична німецька філософія, соціальна філософія, соціальне право, національне право, типологія права, правова взаємодія.

Кресин А. В. Немецкая философия национального права в конце XVIII — начале XIX в. и трансформация юридической науки

Аннотация. В статье рассмотрена трансформация концепта национального права в трудах немецких мыслителей в период Великой французской революции и наполеоновских воєн. Основной линией этой трансформации, по мнению автора, является завершение социализации философии права, а также утверждение эмпирической методологии исследования и позитивистского правопонимания.

Принципиально важными в этом контексте является более последовательное отделение права от этики, а также выделение национального права как социального отдельного в праве. Большое значение также имело развитие общего учения о нации как ведущего в конкретно-исторических условиях направления социальной философии, приобретение этим учением политико-философского характера.

Автор указывает на то, что немецкие мыслители этого периода предложили достаточно последовательную типологию социально-правовых феноменов: социальное отдельное (национально-государственное право) — социальное особенное (сфера взаимодействия национальных правопорядков, «космополитическое право») — социальное общее (международное право). Основными сущностными характеристиками такой типологии стали не-трансцендентный, имманентный характер социальных особенного и общего, а также их формирование на основе взаимодействия позитивных правопорядков. Это позволило завершить плюралистическую по своему характеру правовую картину мира, социальную и позитив-

ную модель сферы права как относительно автономной подсистемы бытия человека. Автор также считает, что эмпиризм нового видения сферы права нашел свое выражение в компаративизме.

На основании своего исследования автор приходит к выводу о завершении немецкими мыслителями конца XVIII — начала XIX вв. формирования теоретико-методологических основ современной юридической науки.

Ключевые слова: история юридической науки, эмпиризм, позитивизм, компаративизм, классическая немецкая философия, социальная философия, социальное право, национальное право, типология права, правовое взаимодействие.

Kresin O. German Philosophy of National Law in the End XVIII — Beginning of XIX and Transformation of Legal Science

Summary. In the article it is considered transformation of national law concept in works of the German thinkers in the period of Great French revolution and Napoleon's wars. The main line of this transformation, in opinion of author, is completion of socialization of philosophy of law, and also assertion of empiric methodology of research and positivism understanding of law.

Fundamentally important in this context is more successive dissociating of law from ethics, and also distinguishing of national right as social individual in law. A large value also had development of general studies about nation as leading in concretely-historical terms direction of social philosophy, acquisition by this studies of political philosophy character.

The author specifies on that the German thinkers of this period offered the successive enough typology of the socially-legal phenomena: social individual (nationally-state law) — social special (sphere of co-operation of national law orders, «cosmopolitan law») — social general (international law). Basic essential characteristics of this typology were become not-transcendent, immanent character of social special and general, and also their forming on the basis of co-operation of positive law orders. It allowed to complete the pluralistic by its nature legal picture of the world, social and positive model of sphere of law as a relatively autonomous subsystem of human been. The author considers also that empiricism of new vision of sphere of law found its expression in comparativism.

On the basis of the research the author comes to the conclusion about completion by the German thinkers of end of XVIII — beginning of XIX centuries of theoretical and methodological bases formation of modern legal science.

Key words: history of legal science, empiricism, positivism, comparativism, classic German philosophy, social philosophy, social law, national law, typology of law, legal co-operation.

*ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА:
ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ*

**ЧОМУ ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
Є НАДТО ВАЖЛИВИМ,
ЩОБ ЛИШИТИ ЙОГО ЮРИСТАМ*¹**

М. КРІГЕР
*професор кафедри права і соціальної теорії
імені Гордона Самуельса,
співдиректор Мережі міждисциплінарного
дослідження права
(Університет Нового Південного Уельсу,
Сідней, Австралія)*



1. Підвалини дослідження

Вже тривалий час у різних контекстах я пишу про верховенство права. Це починалося з невинних випадкових публікацій, часто зі спеціальної нагоди чи/або на запрошення. Проте ця тема почала жити своїм життям. Я опинився у полоні верховенства права.

Згодом вибудувалась лінія аргументації, яка знов і знов доповнювалась, розвивалась у різних напрямках та змінювалась. Нещодавно я вирішив, що вже більш ніж достатньо. Я повинен спробувати щось зробити з усіма цими есе, навіть якщо це призведе до необхідності їх полишити. З того моменту я думаю про книжку з робочою назвою «Ідеал верховенства права». Я не маю на меті просто зібрати усі написані роботи до купи так, як вони побачили світ уперше, але намагатимусь відібрати, розвинути та продовжити недостатньо висвітлені аспекти аргументації, з метою її зміцнити. Тому, хоча може здатися, що час для такого проекту вже згаяно, я перебуваю у точці роздумів. Це можна розглядати як свого роду прогрес.

* Перша публікація англійською: Prawo i Więź. — numer 2 (2) zima 2012. — P. 30–52. Переклад з англійської Д. Вовка.

¹ Рання версія цієї статті була презентована на семінарі з теорії права у Правничій школі Університету Мельбурну. Я завдячую дискусії, що відбулася, зокрема, коментарям Майкла Громеліна, Реймонда Гайта та Геррі Сімсона.

Загальна аргументація, просто кажучи, зводиться до двох складових: філософської і соціологічної. Вони пов'язані між собою, хоча я певен, що перша необхідно спрямовує другу, але вони нездатні існувати (і можуть «посипатись»), існуючи порізно. Ця стаття є спробою уточнити і зміцнити соціологічний елемент. Однак для тих, хто не знає іншої складової моєї аргументації, з якої випливає соціологічний блок аргументів, я розпочну з її короткого повторення, а потім перейду на соціологічний щабель. Останній посідатиме основне місце у структурі статті, але необов'язково в аргументації у цілому.

На запитання, чим є верховенство права, юристи зазвичай пропонують переліки характеристик офіційних правових інститутів, норм і практик. Таких переліків доволі багато. Існує чимало проблем з багатьма з них, взятими окремо, але я у цій статті зачіпаю більш загальний аспект. Необхідність таких переліків викликає питання не менш, ніж те, у чому вони відрізняються. По суті, усі ці переліки — деякі коротші, інші довші, деякі обмежені, як дайсівський англійський перелік, інші такі, що легковажно вдають із себе різновид універсалістського юридичного есперанто — відтворюють два хибних припущення:

а) що питання: «чим є верховенство права?» — можна адресувати застарілому консенсусному юридично-інституційному мисленню задля отримання задовільної відповіді. Раніше я називав такий підхід анатомічним. Сьогодні, керуючись Вікіпедією, я схилиюсь до назви «морфологічний», що видається категорією, яка охоплює анатомію, як одну зі своїх складових;

б) що ми перебуваємо у стані досягнення консенсусу про умови, загальні за сферою дії і спеціальні за інституційними приписами, щодо того, які аспекти і елементи цих інститутів і правил наповнюють собою верховенство права.

Тут немає нічого дивного. Такі підходи відповідають добре відомій тенденції серед фахівців прикладного профілю бачити свій предмет центральним для усього світу. Бухгалтери бачать рядки балансу, дантисти — зуби, сантехніки — крани і стічні труби, чоловіки з молотками — нігті, а юристи бачать право. Цей «пунктик» сам по собі заслуговує на розуміння, і люди в основному толерують це та здебільшого не звертають уваги аж до того моменту, доки не опиняються у боргах, не відчувають біль, не потрапляють у в'язницю тощо. Тоді вони потрапляють у світ професіоналів, і ось тут починаються проблеми. Люди приймають їх розуміння світу за істину: якщо вони вважають свою проблему фінансовою, — то бухгалтерську істину, якщо у них болить зуб, — то істину дантистів, якщо засмітився туалет, — то істину сантехників. А якщо ви бажаєте верховенства права, то здається очевидним, що саме юристи, з їхнім внутрішнім знанням про право, є тими, хто найбільш придатний для того, щоб зрозуміти і надати вам верховенство права.

Це, напевно, очевидно для юристів і для тих, чий погляд паразитує на юридичному тлі, у тому числі філософів права. Сьогодні існує величезний обсяг літератури про верховенство права і здійснюється колосальна, витратна практична діяльність із просування верховенства права в усьому світі. Названі література і діяльність пропонують нам велику кількість різноманітних, і суперечливих, поглядів на верховенство права. Моє ж твердження полягає у тому, що на більш глибокому рівні вони усі відтворюють єдиний невдалий підхід, точніше, два невдалих підходи. Говорячи коротко, вони починають із неправильного питання, тому їх відповіді, хоча і дуже глибокі, у буквальному сенсі цілковито не потрапляють у ціль. Правильною точкою відліку, я певен, є питання «чому»,

тобто навіть особа може хотіти верховенства права, а не питання «що», тобто що утворює верховенство права. А це означає, що не можна дати жодної путящої відповіді на друге питання, не запропонувавши уявлення про питання перше. Більше того, навіть маючи путящу відповідь на перше питання, що деінде визнана за таку, в іншому місці ця відповідь може і не бути настільки путящою. Суспільства відмінні, так само відмінні їх інституційні традиції, практики та здібності, і так само відмінні моделі їхньої поведінки, очікувань і культури, які вони вміщують. Тому нам необхідно щось вивчити про ці речі, що необов'язково трапляється у роботах, де вони, здається, мають бути.

У цій статті я зосереджуюсь на другому питанні («що»), але оскільки воно не має сенсу без першого питання («чому»), то я коротко повторю свою аргументацію з цього приводу.

2. Телеологія

Моє невдоволення як філософа викликає те, що роботи з верховенства права зазвичай зосереджені на питаннях юридичної морфології, тоді як їм слід починати з телеології. Тут я буду доволі стипулятивним¹, лише зазначаючи те, що вже було раніше мною обґрунтовано у різних джерелах [1–3], але я був би радий дати ширше пояснення усьому цьому у процесі обговорення.

Де б не була істина у вічних суперечках щодо поняття права між позитивістами і природними юристами, верховенство права не можна адекватно виразити лише через набір характеристик юридичних інститутів, норм чи практик. Верховенство права існує там і тією мірою, де досягнуто певного рівня соціального прогресу, свій внесок у який робить і право. Якщо ми говоримо, наприклад, що за сталінських часів існувало чимало законів, але було досить мало верховенства права, то ми не кажемо щось суперечливе, і вам непотрібно знати багато про А. Дайсі чи Л. Фуллера, щоб з цим погодитись. Тому, принаймні на рівні філософської і юридичної спільнот, верховенство права повинно мати справу швидше з тим, що право робить, ніж із тим, чим право є.

Більше того, якщо право було залучено до реалізації завдань, які ми асоціюємо з верховенством права, і не впоралося з цим, ми можемо говорити, що мала місце спроба досягнути верховенства права, яка виявилась невдалою: закони мали характер тих, що асоціюються з верховенством права, усі старались та їх було відкинуто з тієї чи іншої причини. Сказати, що у суспільстві існує верховенство права, означає визнати досягнення, вагоме, серед його прихильників, досягнення. Ідеалу, пов'язаного з правом, досягнуто.

Верховенство права — це не природне явище, як дерево, що просто чекає на свій науковий опис, або навіть створена людиною річ, як правова норма у збірнику законодавства, яку можна ідентифікувати, вказуючи на неї. Говорити про нього означає характеризувати певний стан речей у світі, до якого, вважається, право робить свій внесок, хоча воно інколи не робить цього саме по собі. Прагнення ідеалу реалізоване лише тією мірою, наскільки виконано певні завдання чи досягнуто ціль права. Хоча згаданий соціальний прогрес у принципі можна розглядати ціннісно нейтрально чи навіть безціннісно, і це було зроб-

¹ Йдеться про те, що використовуваним Мартіном Крігером поняттям надано власний зміст, що необов'язково збігається із загальноживаним. — Прим. перекладача.

лено; верховенство права також має прихильників — сьогодні, можливо, навіть їх надто багато — які міркують про нього ціннісно, як про ідеал права. Якщо ми цінуємо цей ідеал, ми мусимо, звичайно, віднайти, що потрібно для його створення. Але це другий крок. Без низки принципів відбору, хай навіть мовчазних, ми не зможемо зібрати до купи юридичні шматочки і частки, що перебувають «ззовні» щодо сутності й визнаються як верховенство права.

В іншому контексті Дж. Поггі говорив про концепцію суспільства у Е. Дюркгайма (що відрізняє суспільство від просто певної кількості людей) як групу людей, об'єднаних певними характеристиками, «і у такий спосіб реально», «реально внаслідок того, що певні речі існують»: соціально зумовлена поведінка, поширювані й засвоєвані норми і ін. [4, с. 85]. Я міркую про верховенство права саме у такий спосіб. Як певне суспільне досягнення, воно відносне і може варіюватися не за принципом «усе або нічого». Але можна сказати, що воно існує у добрій формі чи є діючим настільки, наскільки певний різновид суспільно важливого стану справ втілений у життя.

Я стверджую, що для того, щоб зрозуміти, чого вимагає верховенство права, нам слід розпочинати радше з його суті, ніж, що більш поширено, з перерахування нібито визначених юридично-інституційних рис, до яких відносять суди загального права (А. Дайсі), конкретні формальні якості правил поведінки, такі як пряма дія, ясність тощо (Л. Фуллер) чи навіть традиції та процедури, такі як захисники у судових процесах, *habeas corpus* і т. ін. (Дж. Волдрон), хоча останнє більшою мірою дотичне до специфічної цінності верховенства права.

У зв'язку із зазначеною цінністю ми маємо усі ці корисні для нашого дослідження століття розрізнення монархів і тиранів (не забуваємо про аристотелівське правління законів *versus* правління людей). В англійському праві, як відмічає історик Дж. Ф. Рейд, ще з часів Г. Брактон¹ існує традиція говорити про верховенство права, хоча і необов'язково саме у такий термінології [5]. Істина полягає в тому, що усі ті століття не завжди були сповнені мантри, якою ми користуємося зараз, і так само не завжди були пов'язані із тими інституційними, формальними і процедурними приписами, засобами, які домінують сьогодні у дискусіях навколо верховенства права. І це складова мого підходу. Якщо існує якесь спільне бачення у прибічників верховенства права, то воно поширене і на багатьох, хто не знав і необов'язково підтримав би нещодавню нібито «консенсусну позицію» Венеціанської комісії² чи безліч інших версій, зараз розрекламованих як набір необхідних, але недостатніх елементів верховенства права. І досі найсучасніші розвідки з верховенства права не дають нам можливості стверджувати, що ідеологія верховенства права в Англії йде у віки (з чим погодилась би більшість істориків), чи що верховенство права можна краще проілюструвати прикладами з Англії сімнадцятого (чи будь-якого іншого) століття, ніж з Росії аналогічних (чи будь-яких інших) часів. Чи варто нам порохувати кількість законів зі зворотною дією, перевірити їх ясність, несуперечливість тощо, відповідно до звичного сучасному вуху формулювання? Добре, хтось міг би це зробити та був би здивований. Деякі з цих характеристик, сьогодні розглядувані як

¹ Генрі де Брактон (1210–1268) — видатний англійський юрист, автор авторитетного твору «Про закони і звичаї Англії». — Прим. перекладача.

² Йдеться про доповідь Венеціанської комісії про верховенство права 2011 р. — Прим. перекладача.

очевидні, були б відсутні¹. Простіше і зрозуміліше буде сказати, що закон більше береться до уваги, у деяких найважливіших аспектах, в Англії, ніж у Росії. І, дійсно, так і є. Потім слід спитати, чому. Ви не знайдете чіткої відповіді у А. Дайсі. Навіть Л. Фуллер і Дж. Волдрон, швидше за все, приводять нас до симптомів, ніж до причин таких відмінностей.

Мій кандидат, підходящий для осягнення суті, іманентної цінності верховенства права, відображає постійно повторювальну і одночасно основну тему у традиціях верховенства права [див.: 5] — це контраст між верховенством права і свавільним здійсненням влади. Непередбачуване здійснення влади обумовлює, з одного боку, свавільний вибір її цілей; інший же бік — це її здійснення, передбачуване чи ні, яке не бере до уваги плани на майбутнє тих, на кого вона впливатиме. Об'єднує обидві форми свавілля той факт, що владний акт «віднесено до сфери сваволі, рішення чи судження наділеного владою агента; агент перебуває у стані, коли у нього є можливість обрати будь-яке рішення на свій смак» [8, с. 55]. І навпаки, ті, хто знаходяться під дією такої влади, по-перше, не можуть заздалегідь взяти її уваги, обираючи, як чинити, а по-друге, нездатні виявити своє бачення та плани на майбутнє.

Протидія свавіллю у здійсненні влади стимулює привернення уваги до верховенства права і асоціюється зі спробами інституціоналізувати шляхи обмеження можливості такого здійснення. Верховенство права полягає у тому, що за відносно доброго порядку певні моделі поведінки (передусім здійснення політичної, соціальної і економічної влади) ефективно обмежуються і корегуються, так що несвавільне здійснення згаданих видів влади є відносно передбачуваним, тоді як позазаконне, мінливе, свавільне здійснення влади зазвичай менш передбачуване. Роль права у верховенстві права полягає у сприянні встановленню такого стану речей.

Я був би радий обговорити цей підхід до розглядуваної цінності верховенства права, моя ширша аргументація не залежить від того, чи правий я тут. Але я певен, що стримування можливості свавільної влади — це найбільш значуща

¹ Згадайте дайсієвське хизування (напевно, виправдане) тим, як усі ті континентальні європейці, що подорожують Англією, дивувались, наскільки наочним там є верховенство права. Його сучасник Ф. Мейтланд пише про право Англії XVIII ст.: «Я взяв перелік статутів 1786 року. Там 160 так званих “публічних актів” і 60 так званих “приватних актів”. Проте послухайте назви низки публічних актів: акт про заснування робітного дому в Гаверінгу, акт про надання королю права утворити гральний будинок у Маргейті, акт про спорудження виправного будинку у Мідлсексі, акт про заснування товариства Клайд Марін, акт про брукування вулиць містечка Челтенгам, акт про розширення доріг в районі Бодміна. Не менш ніж половина цих публічних актів стосується вирішення цих дрібних локальних питань. Приватні ж акти стосуються конкретних осіб: акт про натуралізацію Андреса Емеріха, акт про надання Корнеліусу Салвіджу можливості взяти прізвище Таттон, акт про виправлення помилок у запису про шлюб Лорда і Леді Камелфорд, акт про надання права опікунам Вільяма Фрая давати згоду на оренду майна, акт про розірвання шлюбу між Джонатаном Твіссом і Френсіс Доррілл. І потім майже незліченні акти про огороження цих, тих та інших общинних земель. Дехто схильний називати попереднє століття століттям привілеїв. Воно ніби боїться дорости до становища загальних тверджень; воно не каже “усі общинні землі огорожуються за таких умов”, “усі чужоземці можуть бути натуралізовані за таких загальних умов”, “усі райони мають відповідні повноваження для розширення доріг”, “усі шлюби розриваються, якщо доведено зраду дружини”. Ні, воно має справу з цією общинною землею і цим шлюбом» [6, с. 383].

Англія вісімнадцятого століття значною мірою керувалася верховенством права чи ні? Я думаю, що А. Дайсі та Дж. Рейд, не кажучи вже про Е. Томпсона [7], праві, коли вважають, що справді керувалась. Я також думаю, що джерела цього благословенного дару слід шукати деінде, а не там, де юристів привчили його шукати.

цінність верховенства права, що б там хтось не хотів додати до неї, або ж що б там не впливало, на думку когось, із неї.

Антисвавільність — не лише найбільш значуща цінність верховенства права, вона ще й іманентна цінність, внутрішня щодо верховенства права як такого. Сьогодні стало загальним місцем виводити усі різновиди благ з верховенства права: економічний розвиток, права людини, демократію тощо. Ці твердження є джерелом життєвої сили для індустрії з міжнародної промоції верховенства права. Проте я не кажу про ті зовнішні благословенні дари, нібито даровані верховенством права. Напевно, це добре для усіх цих речей, хоча згадані твердження, такі популярні у міжнародних колах, є спірними [див., напр.: 9]. Але якщо так і є, то так є тому, що верховенство право щось робить іманентно, як концепт, так би мовити. І моє твердження полягає у тому, що те, що робить верховенство права, — зменшення можливості свавільного володарювання. Якщо так трапляється, то можна слідом за М. Вебером припустити, що «здоровий буржуазний капіталізм» матиме більші шанси на успішний розвиток, але це становить соціологічний аргумент щодо того, чому може сприяти обмеження свавілля, яке впливає з досягнення верховенства права. Це нехарактерна риса верховенства права як такого. Так само як і демократії, прав людини чи інших речей, які зараз модно пов'язувати з верховенством права. Існує низка інтуїтивно правдоподібних, і декілька очевидних, міркувань на користь думки, що зменшення можливості свавільного володарювання може сприяти наведеним вище благам. Проте навіть якщо було б показано, що там, де відбулося повноцінне встановлення верховенства права в окресленому нами сенсі, економіка зазнала б краху, це саме по собі не було б підставою для висновку про відсутність там верховенства права. Так само, як і для висновку про те, що послаблення можливості свавільного здійснення влади тим самим було поганим.

Один зі шляхів пояснення розрізнення, яке я намагаюсь обґрунтувати, було запропоновано мені Р. Гайта. Право втілює цінності, основною з яких є верховенство права, проте цінності не є цілями права. Право не має цінностей, хоча воно цілком здатне бути цінним. Якщо ми подивимось на характерні риси, приміром, англійського права різних історичних періодів, то матимемо спокусу сказати, що у порівнянні з багатьма іншими правовими порядками воно має високу оцінку з опанування верховенства права. Але це не є чіткою ціллю, так само як і ціллю самого права. Однак, якщо ми прагнемо просувати верховенство права як проект, оскільки вважаємо його корисним, припустимо, для економічного розвитку, прав людини чи відновлення миру після конфлікту, то це є нашими цілями, яким, ми припускаємо, служить верховенство права.

Свавілля — це особливий і огидний порок, коли він додається до влади. Безумовно, ця комбінація є смертельною. Якщо мої дії потенційно не здатні завдати шкоди, то я можу чинити настільки свавільно, наскільки бажаю; мої дивацтва можуть бути частиною мого шарму. І це не влада як така, що викликає огиду. До того ж, ми потребуємо влади у багатьох формах. Нам не слід вихолощувати потужність влади, щоб підтримувати мир, захищати населення, виконувати судові вироки, урівноважувати інші види влади тощо. Крім того, слід розмежовувати здійснення свавільної влади, що має публічне значення і що його не має. Закохані можуть діяти свавільно щодо один одного, і це здатне завдати шкоди кожному з них, але більшість із нас, як я уявляю, думали б, що якщо не

досягнуто певного порогу ушкоджень, вони самі мусять дати собі з цим раду. Не кожна шкода є або має бути предметом публічної уваги.

Чого нам не хотілося б, так це жити в обставинах, коли значна влада може здійснюватися щодо нас у свавільний спосіб. Є чимало інших пороків, пов'язаних зі змістом закону, але свавільна влада достатньо порочна навіть без них і, більше того, може бути порочна, навіть коли зі змістом закону усе добре. Свавільна влада — це, так би мовити, порок, що живе самостійним життям.

Там, де свавілля доєднується до значної влади, це неминуче призводить до: загрози свободі індивідів через неї; поширення обґрунтованого і стійкого страху серед них; позбавлення громадян розумних підстав для очікувань один від одного і від держави (та координування з цими суб'єктами). І, як підкреслювали Л. Фуллер [10] і Дж. Волдрон [11], загрожує гідності тих, хто бачить себе лише об'єктом реалізації влади у зв'язку із дивацтвом чи забаганкою інших осіб. Багато чого ще можна сказати про це [див.: 2, с. 78–81], але не у цій роботі.

Отже, маємо чотири добрі причини цінувати обмеження можливості свавільного здійснення влади. Тією мірою, якою верховенство права може допомогти нам отримати такі обмеження, нам слід його цінувати. Ця цінність, безумовно, не вичерпується негативним фактом усунення зла, вона може бути виражена і позитивно. Суспільство, в якому право робить свій внесок у захист свободи, довіри, координації і гідності, вельми позитивно вирізняється серед багатьох можливих альтернатив. Існують й інші речі, яких ми бажаємо від права, і ще більше речей ми можемо хотіти в умовах доброго суспільства. Однак ці цінності втілюються у життя через блага, досягнення яких є незмірно складнішим без інституціоналізації обмежень свавілля у здійсненні влади.

Звичайно, існує суперечка щодо того, як слід характеризувати викладений стан речей, яким має бути внесок права до нього, і чого право потребує, щоб робити це успішно. Суперечки також точаться навколо фундаментальних цінностей верховенства права (так само і його вартості). Антисвавільність не є дивним вибором, але для багатьох він буде здаватися недостатнім. Я погоджуюсь, цього недостатньо для доброго суспільства чи навіть доброго права, але існують інші блага. Та цього достатньо для такого вишуканого, хоч і обмеженого, блага, як верховенство права. Якщо ж ви не згодні, це не кінець світу. Подібні суперечки неминучі і не стосуються лише верховенства права. Згадайте демократію, справедливість, рівність. Поняття, навколо яких відбувається спір чи навіть «сутнісний спір», не стають від цього безглуздими чи некорисними. Навпаки, деякі з них є найважливішим з усього, що ми маємо. І, звичайно, ця важливість є основною причиною для суперечок навколо них.

Мій власний опис проблеми нездатний покласти край названим суперечкам. Різні аспекти і кінцеві результати типові для цієї ситуації, а незгода є загальною по обидва боки барикад. Я тільки хочу ствердити, що для досягнення верховенства права передусім слід поставити питання про його *telos*. Ви не можете з користю для справи описати чи дослідити верховенство права до прояснення, для чого воно, на вашу думку, потрібно.

Підбиваючи підсумок, ще раз зазначу, що хтось може заперечити мій аналіз іманентної цінності верховенства права, і ми можемо дискутувати з цього приводу. Більш важливим пунктом моєї загальної аргументації є те, що для з'ясування того, що ми шукаємо, щоб отримати певний результат, слід спочатку прояснити, яким ми бачимо цей результат. Інша аргументація, викладена у цій

статті, зводиться до такого: якщо ми цінуємо іманентний кінцевий результат (результати) верховенства права (як би її (їх) не уявляли), ми не можемо уявити без її (їх) подальшого дослідження, який саме конкретний набір юридичних інститутів і практик може створити цей результат (результати). Або, навпаки, ці результати ніде не можуть бути отримані у дещо інший спосіб (про який ми міркували раніше), який просто перебуває за межами нашого кругозору. Нам потрібно поглянути на ці речі, і не лише з використанням професійного підходу, крізь який юристи і філософи права бачать світ. А це зумовлює, неминуче я б сказав, потребу знати щось про суспільство, крім того, що ми можемо вихопити просто живучи у ньому.

3. Суспільство

На жаль, я не можу вказати на велику кількість соціологічних робіт, в яких прямо мовиться про розглядувані нами питання. Соціологія верховенства права — не дуже популярна сфера. Декілька десятиліть тому Ф. Селзнік довів, що, отримавши центральний статус серед юридичних цінностей, верховенство права «повинно зарезервувати за собою головне місце у юридичній соціології» [12, с. 52], і вказував на значний обсяг досліджень, що звертаються до цієї теми. Хоча вони (дослідження), можливо, до неї звертались, однак, хіба що у сенсі «мали стосунок», більшість же соціологічних досліджень не говорять саме про верховенство права або не аналізують його як окрему проблему¹.

Причини такого стану речей незрозумілі, оскільки якщо верховенство права, яке розуміють, принаймні, як найважливішу складову перешкоджання свавільному здійсненню влади, є справою політичною і юридичною, то воно, безперечно, є і справою соціальною. Свавільне володарювання є загальною причиною для суспільної дезорієнтації, а у найгірших випадках — катастрофи; і в аспекті соціальних досліджень є слушним питанням, як попередити чи зменшити таке володарювання, оскільки це необхідно для розуміння його соціальних передумов. Навпаки, і у цьому суть моєї статті, юридичні інститути безсилі без суспільної підтримки. Звідки може надійти ця підтримка і що вона може включати — доречно запитання для соціологічних розвідок. Не викликає також сумнівів, що якщо результат, якого ми прагнемо (обмеження свавілля влади) є важливим, то нам потрібно дослідити й інші аспекти (крім права), які допомагають його досягнути. Я повернуся до цього у заключній частині статті.

Однак є чимало речей, що працюють проти суто соціологічного вивчення верховенства права. Основна серед них — побоювання дисциплінарного «забруднення». Верховенство права настільки асоціюється з правом, політикою і державою, що соціологи воліють тримати дистанцію від цього благоговійного юридичного ідеалу — надто нормативного, надто правового, надто політичного, надто формального, надто відірваного від життя; бо як його слід вимірювати²? Ця неувага поєднується із «чистими» концепціями правових і політичних теоретиків, вільними від соціальної теорії й емпіричних соціальних досліджень. Це

¹ Хоча Ф. Селзнік, звичайно, аналізує [див.: 13]. Крім того, це питання висвітлюється у Ф. Ноймана [14] і в інших роботах членів Франкфуртської школи, зокрема О. Кірхгаймера. Також варто звернути увагу на працю В. Оберта [15].

² Щодо найбільш нерозважливого і обеззброюючого відтворення подібного упередження див.: [16, с. 709–714; 17, с. 1086–1100].

взаємне ігнорування є прикрим, оскільки низка важливих питань верховенства права є соціологічними [1, с. 45–69].

Отже, те, що я намагатимусь окреслити далі, — не належить до провідної сфери соціологічних досліджень. Воно радше уявляється як внесок до того, що один вчений, посилаючись якимось на Ф. Слезвіка, а іншого разу — на Л. Фуллера, назвав частиною «соціальної науки, якої не існує» [18, с. 357], хоча деякі її елементи наразі дійсно існують, якщо і зазвичай не розглядаються у тісному зв'язку один з одним.

3.1. Право у суспільстві

У 2005–2006 рр. я провів академічний рік у міждисциплінарному центрі провідних досліджень у Стенфорді. Серед тем, про які я писав, був досвід просування верховенства права у посткомуністичних суспільствах [19, с. 299–340]. Одним із моїх колег був Дж. Гаус, соціолог із Мічигану, з яким, наскільки я знав, у мене не було нічого спільного, окрім того, що ми полюбили щодня разом грати у пінг-понг. Він писав на тему здоров'я у Сполучених Штатах. Однією з проблем, що з нею стикнулися США, було те, що хоча вони витрачали на охорону здоров'я значно більше, ніж будь-яка інша країна (і в абсолютних цифрах, і на особу), їх результати у цій царині були гіршими, ніж у схожих за відповідними показниками країнах. Вони дійсно програвали. Дж. Гаус доводив, що цю проблему не можна виправити, зосереджуючись на звичайних аспектах — шпиталях, охороні здоров'я, медичних технологіях, ліках — і намагаючись покращити останні. Америка вже була попереду світу у цій сфері, та результати усіх цих грошей, технологій і фахових знань розчаровували. Одуjuanня слід було шукати деінде: в освітній політиці, добробуті, доланні злиднених соціально-економічних умов тощо. Результати названого дослідження були згодом надруковані у колективній монографії «Роблячи американців здоровішими: соціальна і економічна політика як політика охорони здоров'я», у якій вивчається зростаючий парадокс між зниженням показників здоров'я населення порівняно з іншими заможними народами (і навіть із деякими з тих, що розвиваються) і зростаючими витратами на медичне страхування і допомогу [20, с. 3].

У цей час я був вражений паралелями між аргументацією Дж. Гауса і засадничими припущеннями відповідної традиції соціоюридичних досліджень, що їх я намагався впровадити у розмисли щодо верховенства права. Основну думку цієї традиції добре виражає зауваження М. Галантера, одного із найглибших її сучасних представників: «так само як здоров'я не знаходиться передусім у шпиталях чи знання у школах, так і правосуддя не має знаходитися передусім в установах, що правосуддя забезпечують. Людський досвід правосудного (і неправосудного) формується не лише (чи не зазвичай) на майданчиках, підтримуваних державою, але передусім у первинних місцях їх життєвої активності — у домі, сусідстві, на робочому місці, бізнес-діяльності тощо» [21, с. 17].

Люди можуть визнавати це щодо правосуддя, однак усе ще відмовляються переносити цей висновок на право. Зрештою, звичайним є спостереження, що право і правосуддя часто відокремлені одне від одного, так само і верховенство права. Згадайте сум із приводу цього у 1990-ті колишнього східнонімецького дисидента Б. Боля: «Ми хотіли правосуддя, та отримали верховенство права». Можливо правосуддя слід шукати у суспільстві, однак право, з цієї точки зору, добре це чи погано, надходить до нас від держави та її агентів.

У будь-якому випадку висновок можна сформулювати таким чином. Є звичним вказувати на стосунки права/суспільства з використанням фрази «право і суспільство». Йдеться про парасольковий рух у Сполучених Штатах, що об'єднує тих, хто вивчає ці питання, з назвою «Асоціація права і суспільства», численні «центри права і суспільства» в Америці, провідний журнал «Вісник права і суспільства», а також «Журнал права і суспільства» у Британії чи, принаймні, в Уельсі. Незважаючи на це, гарвардський юрист Л. Фуллер не сприймає такого виразу, не радикально, але твердо і у принципі. Він наполягає, що право є частиною соціального життя, а не тільки його партнером. Тому «право у суспільстві», але не «право і...». Ф. Селзнік (сам голова Центру права і суспільства) був до певної міри змушений визнати, Л. Фуллерові «не подобається вираз “право і суспільство”. Він заперечує проти сполучника “і” як надто уявного; через нього складається враження про протиставність тих речей, які слід сприймати як цілковито перемішані. Нам може не подобатись такого роду пуризм, та наведене твердження є доволі влучним» [22, с. 216]¹.

Це дуже загальне твердження і насправді Л. Фуллер прикрасив його невеличкою деталлю. Воно продовжується більш наочним, що не випадково, вивченням низки соціоюридичних робіт, що з'явилися у східноєвропейських багатонаціональних імперіях до Першої світової війни. Ключовими іменами є Л. Петражицький (інтуїтивне право), Б. Маліновський (право без центральної влади, кодексів, судів і поліцейських) і Є. Ерліх («живе право»). Я не буду тут вивчати їх творчість, та думаю, що з них можна багато чого запозичити, принаймні у двох напрямках.

Перший напрям стосується імпліцитного впливу характеру суспільних відносин на верховенство права. Суспільства пронизані різними патернами. Багато з цих патернів існують тривалий час і мають стосунок до більшості явищ, серед яких призначення і форма юридичних інститутів, характерні риси суспільства та їх прояви. Суспільства відтворюють внутрішні повторюваності і відмінності одне від одного (а так само і відмінності всередині суспільства, на рівні регіонів чи субсуспільств) у характері й будові відносин, що вони їх продукують, підтримують чи струмують. Ступінь, відповідно до якого певні суспільні конфігурації схильні підтримувати специфічні соціальні механізми, також варіюється.

Принаймні з того моменту, як Е. Банфілд написав про «аморальний фамілізм»² у «Моральних засадах відсталого суспільства» [24], представники соціальних наук обговорюють, чи є поширені соціальні механізми більш сприятливими для життя у відносно неперсоніфікованих соціальних відносинах, які можна побачити у сучасних суспільствах, і для неперсоніфікованих правил, які М. Вебер вважає особливістю модерності, і автори, які пишуть про верховенство

¹ Для порівняння згадаймо Л. Фуллера, який писав: «Зростаючий інтерес до соціології права, який розвинувся останніми роками, набув масштабів чогось на кшталт інтелектуального руху. У Сполучених Штатах цей рух взяв собі на озброєння свого роду жаргонізм “право і суспільство” як назву... Було б надто прискіпливим влаштовувати серйозну суперечку навколо цього невинного перейменування давно відомого явища. У той же час, я певен, існує низка небезпек у зв'язку з цією назвою та розподілом інтелектуальних зусиль, про які начебто йдеться. Говорячи про право “і” суспільство, ми можемо забути, що право саме по собі є частиною суспільства, що його основні процеси — це процеси соціальні, що його внутрішні практики мають соціальний вимір, вартий прискіпливої уваги соціолога» [23, с. 57].

² Аморальним фамілізмом називають прагнення отримати негайний зиск для своєї сім'ї, незалежно від суспільних витрат, яких завдало у зв'язку з такою поведінкою. — *Прим. перекладача.*

права, сприймають важливість цього моменту. Е. Банфілд вважав, що суспільства, які він назвав «відсталими» (хоча зараз ми б ніколи не вжили такого слова), несприятливі для неперсоніфікованих зв'язків й інститутів, і лише можуть бути з труднощами до них адаптовані. Отже, як доводить Е. Банфілд, у суспільствах чи субсуспільствах, що характеризуються «аморальним фамілізмом», таких як досліджуване ним Монтегреназі на півдні Італії, основним правилом соціальної поведінки є: «максимізуй негайну матеріальну вигоду своєї сім'ї; вважай, що усі інші роблять так само» [24, с. 85]. Ніщо не розглядається як публічне у цілепокладанні, навіть тоді, коли таке призначення дійсно малося на увазі, і «закон буде відкинутий, коли немає підстав побоюватися покарання» [24, с. 92]. Більш точно аналогічне твердження виражене у протиставленні Е. Гелнером сучасних «громадянських суспільств» історично більш раннім суспільствам, очолюваним королями чи родичами, чи поєднанням першого і другого [25].

Пізніше Р. Патнам додав нових деталей до порушених Е. Банфілдом питань, також спираючись на італійські дані. Порівнявши італійські регіони через 20 років після того, як вони отримали однаковий набір реформ публічних інститутів, вчений послідовно довів, що і у цей період, і, що більше лякає, протягом століть, ефективні інституційні зміни впритул корелюють із характеристиками соціальної структури, і зокрема, з кількістю громадянських асоціацій, здатних створювати міжособистісну довіру серед людей, які не є близькими чи родичами¹. Регіони з великою кількістю таких асоціацій (футбольних клубів, співочих груп тощо) зазвичай мали кращі урядові інституції, ніж регіони, де таких асоціацій було обмаль. Хоча він не говорить про верховенство права, деякі з його спостережень дуже промовисті: «Люди у регіонах з меншою громадською активністю, яким бракує певної самодисципліни регіонів, де така активність є високою, були вимушені покладатися на те, що італійці називають “силами порядку”, тобто на поліцію. ...Громадяни в таких регіонах не мають іншого способу вирішення фундаментальної гобсіанської дилеми, оскільки їм бракує горизонтальних зв'язків колективної взаємодії, яка працює більш ефективно у регіонах з активною громадськістю. ...[Однак] у регіонах з меншою громадською активністю навіть більш жорсткий уряд — агент правоохоронної діяльності ослабляється контекстом громадянської пасивності. Сам характер общини, який схиляє громадян до думки про сильніший уряд, робить в її очах будь-який уряд менш сильним, ніж потрібно, принаймні, якщо уряд залишається демократичним... У регіонах з високою громадянською активністю, навпаки, уряд “легкого дотику” стає без зусиль сильнішим, оскільки може покластися на більшу готовність громадян до кооперації і самостійної підтримки правопорядку» [28, с. 112–113].

Потужніша аргументація щодо розглядуваних питань, звернута безпосередньо до верховенства права, була розроблена інституціональним теоретиком і фахівцем із політекономії Б. Вайнгатом. Він розрізняє два соціальних типи, які принципово по-різному ставляться до проблеми насилля. З одного боку, більшість країн протягом більшості історичних періодів, включаючи сучасний, є «порядками обмеженого доступу», які вирішують проблему насилля через

¹ Мені довелося обговорювати особливості такої довіри та її зв'язки з громадянським суспільством і верховенством права [26, с. 221–256; 27, с. 163–176].

диференційований розподіл благ саме серед тих, хто здатний застосовувати насилля: «За цього соціального порядку політична система маніпулює економічною системою для створення ренти і таким чином встановлення контролю над насильством і підтримки порядку» [29, с. 30]. Порядок відкритого доступу, як випливає з його назви, навпаки, відкриває «вхід для політичних і економічних організацій. Як результат, вони створюють політичну і економічну конкуренцію, і ця конкуренція становить основу політичного порядку і попередження насилля. На противагу [порядку обмеженого доступу] усі громадяни в порядку відкритого доступу мають можливість використовувати державні суди для примусового виконання контрактів, що укладаються між організаціями. Отже, відкритий порядок створює і підтримує розгалужене громадянське суспільство. Конкуренція і відкритий доступ в економічній системі посилює конкуренцію і доступ у політичній системі, і навпаки» [29, с. 33]. Чого вимагає верховенство права і чого нездатні забезпечити порядки з найбільш обмеженим доступом, то це загально визнані норми, які незалежні від осіб і статусів. Тільки таким чином можуть виникати «гідні довіри зобов'язання, які інституціоналізують політичні і соціальні механізми, що заохочують і посадових осіб, і громадян поважати правила, так щоб не лише сьогоднішні посадовці поважали правила, але щоб так робили і ті, які прийдуть завтра» [29, с. 45]. Відмінності між цими системами не є питаннями вільного, доброго чи злостивого вибору або ж доброго чи поганого характеру. Ці системи, доводить Б. Вайнгаст¹, становлять різні інституціоналізовані шляхи убезпечення від гобс'янського нічного кошмару². Складність полягає у переході від однієї системи до іншої. Просте перенесення інститутів бажаного результату не принесе.

Я не зацікавлений у розгортанні тут наведених вище аргументів. Я свідомий того, що вони вміщують ідеалізовані розмежування і не охоплюють усі моделі поведінки, і я б заперечив той інтелектуально витончений космічний песимізм, який випромінюють деякі зі згаданих авторів [див.: 31, с. 77–105; 32, с. 1–34]. Та стрижневий елемент, спільний для обох систем, звичайно, правильний: соціально інституціоналізовані моделі поведінки, очікування і джерела легітимації не є безкінечно гнучкими чи незначними за своїми наслідками. Якщо є сподівання, що «верховенство права» здатне змінити стан суспільних відносин таким чином, що можливості для сильнішого свавільно панувати над слабшим буде зменшено, то слід ретельніше подумати на тим, що це за стан відносин і що слід зробити для його зміни. Хоча вони дійсно змінюються, багато з того, що ми прагнемо їм прищепити, помре; і навіть якщо народжена суміш виживе, швидше за все, вона працюватиме у спосіб, що нас здивує, а подекуди приголомшить. Використовуючи розмежування С. Голмса, політичні і юридичні порядки є радше «технологіями взаємодії», ніж «технологіями виробництва», якщо взагалі існує сенс (у чому я не певен) говорити про них, як про «технології». Технології взаємодії залежать від суб'єктів взаємодії, їх навичок, шляхів взаємодії, існуючих норм та очікувань від взаємодії так само чи навіть більше, ніж вони залежать від технологій. І якщо це не береться до уваги, то технології, впроваджені з великими фанфарами, грошами, потом і кров'ю, зазвичай завершуються нічим.

¹ Щодо теорії, на якій це ґрунтується, див.: [30].

² Йдеться про стан війни проти всіх, який Т. Гоббс описує у «Левіафані». Сам вираз «нічний кошмар» англійський філософ не вживає. — *Прим. перекладача.*

Друга особливість «права-у-суспільстві» стосується як сучасних, добре організованих, не персоніфікованих державних правопорядків, так і тих правопорядків, які борці за просування верховенства права намагаються змінити. Чи достатньо зосередитись на характеристиках юридичних інститутів, правил і практик у цих правопорядках? Звичайно, там, де право береться до уваги, його природа також враховується. Але ж право проявляється у суспільстві не лише у цьому. Передусім згадаймо загальний трюїзм, що величезний обсяг дій, до яких може бути дотичне державне право, ніколи не знайде свій шлях до державних інституцій, але матиме з ними справу (якщо буде) в інших ситуаціях. Це справедливо для будь-яких соціумів, включаючи суспільства розвинутого Заходу з потужною державною організацією і правовою системою. Американські соціоюридичні дослідники говорять, наприклад, про «піраміду суперечок» [33, с. 631]. В її основі шкода будь-якого виду. Її, мовою торгівлі, слід заявити. Потім пред'явити винуватцю, який лише за такої умови вважається звинуваченим. Тільки після цього можна сформулювати основу позову, який часто ніколи не буде поданий. Сторона, що зазнала шкоди, у багатьох випадках вирішує просто «перетерпіти». Деякі вимоги вплутуватимуть у справу третіх осіб, і лише деякі з них юристи. І тільки з цієї дуже маленької частки розпочинаються шари офіційної ієрархії (і ще менша частка буде по цій ієрархії підніматися). Зрештою тільки маленька кількість потенційно юридично значущих дій кінець кінцем втілюється у ті рідкісні справи вищих судів, які юристи і філософи права часто розглядають як основну юридичну матерію. Ці справи, звичайно, мають значення для непоказової вибірки учасників, які беруть у них участь, а їх юридична значущість може бути непропорційна їх кількості, та із суспільної точки зору ситуація складніша. Крім остаточного вирішення відносно незначної кількості суперечок, що потрапляють до судів, існують й інші джерела подібної соціальної важливості, що вони її мають.

Що з цього випливає? Дозвольте мені розпочати з ключового застереження, яке я не зробив у попередніх зверненнях до цього моменту. У своїх ранішніх роботах я прагнув показати, що урегулювання суперечки офіційними інститутами менш важливе, ніж прийнято вважати, а також як це урегулювання впливає на те, що відбувається ззовні. Зараз мені здається, що я сплутав кількість з якістю. Ви можете побачити мою помилку, звернувшись до розмислів Дж. Гауса і М. Галантера про здоров'я і шпиталі. Той факт, що «здоров'я не знаходиться передусім у шпиталях», не є доводом на користь неважливості того, що там відбувається. Навіть якщо у мене буде один серцевий напад протягом життя, цього буде достатньо. Так само і з судами. Термінове лікування з урахуванням специфіки того, що вони роблять для тих, хто до них звертається, охоплюватиме багатьох, кому більше немає куди йти, для кого немає жодного іншого інституту, здатного справедливо відреагувати на їхні скарги. Існує не виражена у кількісних показниках різниця між суспільствами, де ця можливість доступна для громадян, і суспільствами, де її немає, або вона доступна тільки по окремих категоріях, або вона реалізується настільки погано, що втрачається сенс в її використанні.

Більше того, це справедливо незалежно від того, мала чи ні особа нагоду використати зазначені вище інститути. У попередньому розділі я говорив тільки про індивідів із суперечками чи невдоволеннями, які насправді прокладають їм шлях до офіційних інститутів. Але тут шпиталі відрізняються від судів.

Серцевий напад — сумна, але індивідуальна подія, яка, звичайно, здатна вплинути на багатьох, крім хворого. Однак малоімовірно, що це налаштує їх таким чином, що вони почнуть жалітися одне одному, що це трапиться і з ними, оскільки немає ефективного інституту, здатного їх вилікувати. Відсутність реальної можливості втручання незалежної і впливової третьої сторони може мати трагічні соціальні наслідки. За таких обставин люди позбавляються можливості спочатку захищати себе самостійно, як ми часто робимо, але будуть схильні це робити без жодних стримувань чи обмежень, якщо не матимуть навіть найменшого сподівання стосовно можливості звернутися до офіційних агенств, коли усе інше виявиться марним. Отже, що б не впливало з моїх більш ранніх міркувань з цього приводу, я не маю нічого на увазі такого, що можна було б інтерпретувати як применшення стратегічного, засадничого значення встановлення державою інститутів, що вислуховують і забезпечують правосуддя для сторін, які прийшли до них, коли обставини такі, що вони можуть це ефективно робити. Звичайно, це не новина для більшості людей, і юристів зокрема, але, зайшовши надто далеко по цій соціологічній траєкторії моєї аргументації, на чому я не наполягав, але і не заперечував, я останнім часом надто мало вказував на зазначений вище момент¹.

Хоча ця поступка є важливою, однак залишаються два інших трюїзми, які я і досі відстоюю. По-перше, визначальна частина соціальної важливості права простягається за межі того, що воно дає конкретним учасникам у юридичному процесі. По-друге, ця визначна роль може бути оцінена лише у світлі інших джерел соціального впливу, відмінних від права, які можуть підтримувати, заломлювати, перенаправляти, трансформувати чи повністю блокувати цей вплив.

Законодавство, звичайно, завжди спрямовується назовні, і судові процедури також мають величезний ефект, що виходить за межі кола їх безпосередніх учасників. Окрім використання громадянами офіційних каналів (що зазвичай трапляється рідко, якщо вищевикладені доводи мають рацію), існує також ступінь здатності й готовності використати і покластися на такі юридичні джерела, як вказівки, стандарти, моделі, «поступки заради власної вигоди», «передача регуляторних повноважень», санкціонування, імунітети у стосунках між особами і з державою. У цьому сенсі, як підкреслював М. Галантер, суди не діють як магніти, що затягують суперечки усередину, щоб їх офіційно розв'язати [21]². Якщо б це була їх первинна функція, то можна було б стверджувати про їх повний провал у цьому напрямі, оскільки тільки дуже мала частка суперечок

¹ Цей мій оновлений підхід був до певного часу прихованим, а тому, що він вирвався назовні у цій роботі, я завдячую слуханню і читанню робіт Г. Гленн [34; 35]. Пані Г. Гленн обґрунтовано доводить важливість високої якості офіційних установ для розв'язування суперечок. Я усвідомлюю, що потрапляю у не дуже зручну позицію, погоджуючись із нею, коли вона може бути не згодна зі мною. Але мої підходи змінилися. Це нагадує мені хартівську згадку про дискусію з Г. Кельзенем. Г. Харт тоді розпочав з фрази, що «їх суперечка була цілковито нового стибу, оскільки, хоча він погодився зі мною, я не погодився з ним» [36, с. 287].

² М. Галантер відмічає, що «основний напрям юридичних досліджень схилився визирання назовні зсередини офіційного юридичного порядку, сприяючи претензіям офіційного права на ієрархічний характер відносин з іншими нормативними порядками у суспільстві. Соціальні пошуки у сфері права характеризувалися як повторне перевідкриття іншої півкулі юридичного світу. Це потягнуло за собою повторне відкриття того, що право у сучасному світі радше плюралістичне, ніж монополістичне, що воно приватне так само, як і публічне, і що національна (публічна, офіційна) правова система є часто вторинною до первинних локусів регулювання» [21, с. 20].

дістається до судів. Радше, маючи справу з цими суперечками, вони крім того і одночасно з цим діють як маяки, що посилають громаді сигнали про право, права, судові витрати, відстрочки, вигоди, шкоду й інші подібні речі. Усе це давно відомо, як, використовуючи знамениту фразу, «вирішення справ під покривом права» *«bargaining in the shadow of the law»* [37]¹.

Звичайно, краще коли маяк яскравий, а не тьмянний, сфокусований і добре скерований, а сигнал, який він посилає, — чіткий і обнадійливий (чи бентежний, як у випадку кримінального права). Якщо ж повідомлення має кафкіанський характер (тобто у суді може трапитись що завгодно, але не правосуддя), то це погане повідомлення. Чи повідомлення, яке громадяни отримують від офіційних установ, може містити підтвердження, що суди застосовують «телефонне право», чи «прихвализовані» олігархами, чи, щоб вони не сказали, це не буде виконано (усе це часто використовується як виправдання у Росії), або ж якщо чисті суди менш впливові, ніж місцеві князьки (так само у Росії чи будь-де), або ж, що б людина не отримала у суді, це не компенсує їй витрати, складнощі, тяганину і виснаження від процесу (згадайте про сімейне право). Старовинне болгарське прислів'я каже, що «право як двері по середині відкритого поля. Звичайно ви можете пройти крізь двері, та лише дурень буде обтяжуватися цим». Це прислів'я — не найкраща реклама того повідомлення, що надсилає болгарська правова система.

Таким чином, те, як юридичні інститути вирішують суперечки, стосується двох груп зацікавлених осіб (крім, власне, юристів, які цим заробляють на життя). Менша і часто нетипова група — це самі сторони процесу, для яких час, проведений у суді, зазвичай має надважливе значення і через це є значимим сам по собі, і які (сторони) одночасно є складовою другої, значно більшої, групи, опосередкованої правом: усіх тих, хто, часто підсвідомо, у своїх стосунках з іншими громадянами чи державою діє і реагує на дії, базуючись на власній інтерпретації сигналів, що випромінюють згадані інститути, чи їх ставленні до цих сигналів і їх джерел. Однак, навіть коли сигнали чіткі й відчутні, вони необов'язково сприймаються так, як хотілось би сигнальникам. Не все залежить від повідомлення чи того, хто його надсилає.

Це знову може здатися досить розпливчастим. Давайте надамо цим міркуванням дещо більшої форми за допомогою ще декількох трюїзмів. Юристи часто говорять про суспільство в одному з двох значень (і помиляються у кожному з них). У першому значенні цей термін використовується як скорочена форма виразу «усі ми» і розуміється як маса індивідів. Казати про суспільство у такий спосіб означає виражати в одному слові усіх індивідуальних осіб, що живуть у певному обмеженому просторі. Коли М. Тетчер заперечувала існування такого явища, як «суспільство», вона насправді стверджувала, що немає нічого, окрім індивідів (та їх сімей). Менш полемічні індивідуалісти можуть користуватись цим словом із меншою огидою, однак, зазначаючи, що воно не дає нічого, крім економії мовлення. У другому значенні суспільство, навпаки, розуміється цілісно, як різновид колективної сутності. Згідно з низкою інтерпретацій саме так його розумів Е. Дюркгайм. І саме так це слово часто використовується під час

¹ Вираз *«bargaining in the Shadow of the Law»* стосується того, що сторони у процесі вирішення суперечок укладають угоди (зокрема, і угоди про визнання вини), маючи на увазі, що трапиться у суді, якщо справа туди потрапить. — Прим. перекладача.

післяобіднього базікання в Асоціації адвокатів, коли промовці кажуть про необхідність для права «йти у ногу із соціальними змінами», «служити потребам суспільства» тощо.

Але жити у суспільстві, з одного боку, означає не лише мати сусідів, а з другого боку, суспільство не становить щось на кшталт великої невиразної каші, хоча такі уявлення і поширюються (і навіть часто втілюються у життя) завдяки війнам і тоталітарному правлінню. Передусім індивіди знаходяться під суттєвим впливом тих суспільних відносин, в які вони вбудовані; як нагадує нам Ф. Селзнік, «людські істоти є продуктом взаємодії; вони вбудовані у соціальні контексти. Це трюїзм, але його слід сприймати серйозно. Це спосіб дізнатися, наскільки ми залежимо від спільного досвіду, включаючи навчання, комунікацію, стимулювання і підтримку» [38, с. 29].

Утім суспільство — це не «річ», і, звичайно, не неподільна одиниця. Навпаки, воно створене з людей, які займають те, що один юридичний антрополог назвав «напівавтономними суспільними ділянками» [39], зазвичай, по декілька таких ділянок одночасно. Ці ділянки, чи сучасною мовою, напевно, мережі, включають організації, в яких ми працюємо, наші родини, сусідів, можливо, етнічні і релігійні громади, людей, яким ми довіряємо. Це породжує зв'язки: іноді ближчі, іноді віддаленіші, іноді рівноправні, іноді клієнтарні, іноді щирі, іноді непутні.

На рівні того, що відбувається усередині, ці поля мають значення для тих, хто там знаходиться, напівавтономні поля, ймовірно, генерують характерні способи бачення і поведження зі справами, включаючи внутрішні суперечки і суперечки з людьми з інших полів. Навіть у найбільш законослухняній країні ці неформальні норми мають своїм джерелом недержавне право, і вони серйозно впливатимуть на те, що трапляється на цих полях, іноді без більш зовнішніх норм (включаючи офіційні), іноді у взаємодії з ними, іноді перенаправляючи ці норми у неочікуваних напрямках, іноді у напрямках, що блокують чи зводять нанівець працю законодавця або іншого суб'єкта нормотворчості, чи призвело б до цього, якщо б вони про це знали (а часто вони просто не знають). Багато з того, до чого ці закони у теорії можуть мати стосунок і що ніколи не потрапить до сфери дії державних інституцій, буде вирішено «на землі», часто без посилення на державні закони взагалі, іноді «під покривом права» [37], а часто під покривом чогось іншого. Такий хід справ може бути часом несумісним із державним правом чи віддзеркалювати ідіосинкразичні тлумачення останнього, чи ігнорувати його, але він чи то свідомо, послідовно, чи ще якимось, матиме ефект, що опосередковує, переломлює і часто перенаправляє і оновлює значення й наслідки державного права, чого б там не прагнули досягти суб'єкти правотворчості.

Це, слід наголосити, загальні закономірності, які не відображають того, що трапляється у країнах, де замало чи взагалі немає верховенства права. Мережі, звичайно, можуть бути більш автономними і потужними у цих країнах і призводити до суттєвіших і більш драматичних відхилень від офіційних установлень. Однак є загальною помилкою порівнювати суспільство, що як вважається, занурене у «неформальні практики» (так часто визначають юридичні патології у відсталих країнах) з певною ідеалізованою моделлю неперсоналістського суверенного західного юридичного порядку, в якому ніщо не стоїть між державними законами та їх індивідуальними суб'єктами [див., напр.: 40]. З точки зору соціології, такого порядку не існує. Характер, вплив і важливість неформальних

практик стосовно офіційного права майже нескінченно варіативні (і ці відмінності здатні набувати великого значення), але їх існування універсальне.

Підсумовуючи викладене, повторимось, що якщо впровадження положень державного права не має брутального характеру (рідкісна подія, навіть у тоталітарних країнах, до того ж важко забезпечувана), то їх ефективність буде суттєво залежати від їхньої узгодженості з «місцевими» порядками, народженими соціальними порядками. Звичайно, у тоталітарних чи авторитарних політиях саме відсутність узгодженості між здійсненням державної влади і соціальними реаліями і можливостями часто породжує суспільні неформальні практики, які одночасно підривають офіційний порядок і прагнуть усунути його неадекватність [41; 42]. В обох цих ситуаціях (і коли існує хронічний брак узгодження, і коли гармонії більше) можна вести мову як про «право під покривом місцевих порядків» [21, с. 17], так і про «вирішення справ під покривом права».

І нарешті, хоча викладені вище моменти є загалом правильними, вони також можуть суттєво варіюватися з точки зору їх значимості і присутності у суспільній практиці. Щоразу, коли право визначає межі певного правила, результат багатьох потенційних джерел нормативного, структурного, культурного і інституційного перекривання, взаємодії і конкуренції помітно відрізнятиметься від суспільства до суспільства і часто усередині одного і того ж суспільства. Як люди тлумачитимуть державний закон і реагуватимуть на нього, як багато він для них значимий у зіставленні з іншими джерелами впливу — ці моменти лише частково залежать від того, що він каже, як він каже і на що його намагаються спрямувати суб'єкти нормотворчості. Людські реакції на державне право у різній спосіб залежать від того, як, в якій формі та з якими особливостями і силою це право здатне пронизувати увесь цей проміжний простір, як налаштовані щодо нього його гадані реципієнти і наскільки щільними, конкурентними, ворожими чи такими, що чинять опір, його повідомленням вони можуть виявитися. Отже, багато робіт про «державу» і «право» ігнорують різноманіття феноменів і відношень, що проступають крізь ці прості і відокремлені поняття [див., напр.: 43].

Знову я маю наголосити, що з наведеного не випливає неважливість державного права. Так само ми не маємо просто викинути юридичний централізм і поставити на його місце якесь розпливчате «суспільство». У сучасних умовах (а фактично увесь розвинений і нерозвинений світ перебуває під впливом цих умов) держава — засадничий інституційний підмурок усього суспільства, а його закони часто мають надзвичайно важливе значення. Але наскільки важливе, і навіть чи важливе, у який спосіб їх вплив проявляється у світі, значною мірою залежить від складних соціальних, економічних і політичних контекстів, в які вони втручаються. Це універсальна істина, а отже, ті, хто цікавляться верховенством права, мають це враховувати.

3.2. Верховенство права

Так багато про право. Та що про верховенство права? Наскільки воно «суспільне»? Звичайно, воно має соціальні наслідки, але більшість людей прагнуть відшукати їх у властивостях і діяльності юридичних інститутів держави (передусім торкаючись обмеження діяльності політичних інститутів). Зрозуміло, «суспільне», «юридичне», «політичне» є аналітичними розрізненнями, що погано передають повторюваності і закономірності реального світу. Однак з точки

зору того, куди ми дивимось і що чекаємо там знайти, що уявляємо собі і на чому ґрунтуємося, вони привертають увагу до помітних відмінностей, хоча б на рівні фокусу уваги і акцентів.

Немає нічого оригінального чи навіть особливого у пропонуванні основоположним підходом до верховенства права протиставлення свавілля. Однак, розгляд цього моменту серйозний і відштовхування від нього, а не від переліку юридичного інструментарію, має низку наслідків, які не завжди помічають. Ба більше, ці наслідки матимуть місце незалежно від того, чи погоджуєтеся ви з моїм баченням змісту верховенства права, якщо тільки ви вважаєте доречним розпочати міркування про верховенство права з розгляду цього моменту.

Він полягає у тому, що специфічні особливості юридичних інститутів, формальні і процедурні характеристики, що зазвичай визначають як конститутивні для верховенства права, залежать від того, наскільки успішно вони підтримують надбання цієї цінності у суспільстві у цілому. Тією мірою, якою вони це роблять, вони допомогли нам визначити, чим має бути право, щоб служити завершальною частиною верховенства права (принаймні там, де воно є). Однак тією мірою, якою вони цього не роблять, взагалі незрозуміло, чому ми обираємо саме їх у марній спробі поширити їх на ситуації, в яких їх роль може бути суто пародійною. Первинним викликом, з яким стикається кожен, хто шукає верховенства права будь-де, є не наслідування чи пародіювання практик, які нібито десь спрацювали, а відшукування тут способів зменшення можливості свавільного здійснення влади, чого б це не вимагало.

Другим наслідком є те, що якщо свавільний характер здійснення влади є цілком і небезпекою, якої хтось побоюється, то не існує підстав для апріорного обмеження уваги лише державною владою. Якщо недержавна влада здійснюється свавільно олігархами, мафіозі, військовими керівниками, старійшинами племені, Аль-Каїдою, капітанами бізнесу чи університетськими адміністраторами, то вона також потенційно може мати пороки свавільності, про які йшлося вище. Таким чином, верховенство права протиставляється свавільності здійснення істотної влади, хто б її не здійснював.

І нарешті останній наслідок, що впливає з другого у поєднанні з попередніми моїми зауваженнями. Серйозне ставлення до верховенства права може вимагати не лише різноманітних правил і практик від тих, кого ми знаємо у ситуаціях, яких ми не знаємо, але також і визнання, що багато найбільш суттєвих джерел верховенства права, сформованих під впливом різних благ, і небезпек для нього слід відшукувати у самому суспільстві, не лише у зрозумілих інституційних центрах офіційного права чи біля них [див. більше: 2]. Існує чимало суспільств, в яких свавілля такою самою чи навіть більшою мірою походить із додаткових до державної влади джерел, іноді з допомогою офіційних агентств, іноді в опозиції до них. Джерел влади багато. Більше того, їх обмеження можуть надходити (успішно чи ні) з багатьох ділянок суспільного життя і від багатьох агентств, які необов'язково є правовими. Це не лише може мати місце, але, як підкреслив на нещодавній конференції Дж. Брейтвейт, вже у дуже багатьох випадках має місце. Він наводить лише один приклад, зазначаючи, що «інститути ЗМІ є важливими засобами контролю і стримування судової гілки державного (і міжнародного) уряду і також засобом захисту відносної автономії судочинства від домінування виконавчої влади. Отже, коли Прем'єр-міністр критикує Високий суд за минулотижневе [вересень 2011] важливе рішення (справа про

“Азійське вирішення”), медіа-коментатори виступають (і мали так робити) як засіб контролю і стримування Прем'єра, щоб вона не зайшла надто далеко у своїй нищівній критиці голови Високого суду. Мій висновок полягає у тому, що ЗМІ, як окрема влада, створюються законом не більше, ніж верховенство права створюється незалежними ЗМІ... Умови сучасності вимагають від нас сприймати приватні концентрації влади (наприклад, рейтингові агентства чи приватні армії, як в Афганістані чи Іраку) як одночасно і загрозу, і складову продуктивного урівноважування влади. Навіть могутня виконавча влада, така як у Сполучених Штатах, може потрапляти у полон цих приватних влад. Так само і ООН. Отже, для динамічного, плюралізованого поділу влади, який допомагає стримувати свавільне здійснення влади (М. Крігер), глобальні медіа можуть ставати настільки ж критично значущими, як і право»¹.

3.3. Контексти і варіації

Існують великі і добре помітні відмінності між суспільствами, де верховенство права добре утверджено, і суспільствами, де цього не відбулось. Існує також безліч відмінностей усередині кожної з цих об'ємних категорій. Правові порядки суттєво відмінні один від одного залежно від того, наскільки сильно цінності і практики верховенства права у них вбудовані. Не в кожному правовому порядку суспільством зафіксовані інститути, умови, культура, соціальна структура та первинний досвід права, а способи підтримання цих речей будуть суттєво відрізнятися від суспільства до суспільства і серед специфічних соціальних груп усередині будь-якого суспільства. Правові порядки можуть бути носіями цінності, смислу і традиції, що проносяться і передаються крізь століття; деякі з них є такими, інші ні. Серед правопорядків, що мають таку властивість, деякі насичені цінностями верховенства права, деякі ні. Серед тих правопорядків, що такої властивості позбавлені, верховенство права стикається зі специфічними складнощами, часто давніми за походженням і складними у виправленні. Юристи завжди свідомі щодо цієї проблеми та часто не наділені необхідними навичками поводження з нею.

Члени порядку, міцно заснованого на верховенстві права, можуть не мати необхідності у настільки значних і близьких стосунках із наявними у цьому порядку позаюрідичними установами, просто тому, що з ними вже мали справу хоча б побічно багато представників покоління, що змогли отримати користь із цього в аспекті утвердження несвавільної влади. Вони, звичайно, можуть хотіти покращити те, що вже мають, і якщо основні умови ефективності права перебувають на належному рівні, то вони праві, концентруючись на юридичних інститутах. Це не тому, що вони живуть в іншому світі, а тому, що декілька універсальних проблем вже вирішені в їх частині світу і ставлення до закону є таким, як ніде більше. Інші проблеми чи можливості отримують перевагу. Тому, можливо, розмови про верховенство права, що випромінюють ці місця, так мало уваги приділяють позаюрідичним умовам ефективності права.

Утім незрозуміло, як далеко можуть зайти ці розмови. Те, що С. Голмс відмічає стосовно Росії, може бути поширено й на інші країни, де бракує верховен-

¹ Йдеться про виступ Дж. Брейтвейт «Чи є поділ влади питанням верховенства права? Випадок ЗМІ» на конференції «ЗМІ, демократія і верховенство права» (Університет Нового Південного Уельсу, вересень 2011 р.).

ства права: «Юристів готують для вирішення звичайних проблем відповідно до звичайних процедур. Їх не готують для творчого обмірковування появи і зміцнення складних інститутів, існування яких юридична діяльність припускає за умовчанням. Ординарна юридична підготовка, таким чином, не відповідає екстраординарним проблемам, з якими стикається керівник з розвитку юридичних проектів у Росії. Проблема не в унікальності чи винятковості Росії, усе навпаки. У Росії, як і деінде, правова реформа не може бути успішною без приділення уваги соціальному контексту, місцевій інфраструктурі, професійним навичкам, логістичним можливостям і політичній підтримці... Отже, розуміння виключно юридичної сфери ніколи не виявляється достатнім» [44, с. 71].

Наслідком цього є те, що уся ця аббревіатурна мішанина з міжнародних організацій, присвячених «розбудові» верховенства права у відсталіх частинах світу, — Американська асоціація юристів (ABA), Європейський Союз (EU), Гаазький інститут міжнародного права (HiiL), Міжнародний валютний фонд (IMF), Організація з безпеки і співробітництва в Європі (OSCE), Програма розвитку ООН (UNDP), Агентство США з міжнародного розвитку (USAID), Інститут миру США (USIP), Світова організація торгівлі (WTO) тощо — продукує доповіді, написані юристами для юристів і більш підходящі для суспільств, що їх не потребують, але непридатні для використання суспільствами, яким вони справді необхідні. Проте так у цю гру не грають. Хибність викладеного підходу можна побачити, узагальнивши ремарку в одній з програм розвитку, що стосувалася адміністрування програми: «донорська активність часто зводиться до направлення “експертів”, які розробляють інститути у “Данії”, для того, щоб вони сконструювали інститути у “Джибуті”. У найкращому випадку це буде так само, як направити таксиста конструювати автомобіль. Але це помилка, оскільки інститути приходять з обґрунтованими їх міфами, які свідомо приховують соціальний конфлікт, заради вирішення якого відбулося перенесення інституту на новий ґрунт» [45].

Л. Фуллер говорить про юриста як про соціального архітектора. Здається, він має на увазі і конструювання юристами, скажімо, контрактів для клієнтів, і також конструювання публічних правових інститутів. Стосовно останнього вказаний термін не виглядає перебільшенням, принаймні щодо двох ініціатив у цій царині. Фахівці, що займаються просуванням верховенства права у транзитивних і постконфліктних суспільствах, надто часто думають про верховенство права так, неначе його установлення там, де його немає чи воно зруйноване, є, іноді у буквальному сенсі, такою самою роботою (хіба що складнішою і небезпечнішою), як культивування його там, де воно має довгу історію вирощування і глибоке коріння і де його наявність часто є нерефлектованим інгредієнтом повсякденного життя. Утім вони дійсно залучені до соціального архітектурювання, яке часто відбувається на вороже налаштованому, невдячному ґрунті¹. Ті щасливчики, які мешкають там, де є потужне верховенство права, мають багато чого робити для його захисту, охорони, підтримки, впровадження і поширення, але у порівнянні зі згаданими ініціативами це, швидше, нагадує ремонт, що триває. Це може бути досить значний ремонт, і там можуть виникати помітні, іноді нові, загрози. Війни — це не дуже добре для верховенства права, зокрема і війни проти терору. Але там існує щось (і у великій кількості) у структурі, а також

¹ Я обговорюю деякі зі складнощів такого завдання в одній зі своїх робіт: [46, с. 46].

сприятливий матеріал для праці, а так само часто наявна сприятлива інституційна і соціальна еластичність. Кінцеві цілі таких дій та їх спільне прагнення — ослаблення потенційно можливого владного свавілля — не є непов'язаними з цими різноманітними обставинами, але засоби, придатні для їх досягнення, розрізняються надзвичайно.

І це відсилає нас до ще однієї відмінності. У суспільствах, де верховенство права давно у безпеці, той факт, що верховенство права неправильно розуміється, може не мати особливого значення, оскільки воно значною мірою самостійно, без зовнішнього втручання підтримує свою дію. Однак у конфліктних, постконфліктних і транзитивних суспільствах, де докладені зусилля спрямовані радше на створення, ніж каталізування верховенства права, подібні проблеми з розумінням можуть мати катастрофічний характер. Йдеться про ті з названих суспільств, що прагнуть якомога швидкого встановлення верховенства права не у сенсі набору юридико-технічних прийомів, а у сенсі результату — такого благоговорного стану речей, за якого право розглядається як надійний стримувач можливості свавільного здійснення влади.

Хоча, можливо, мені слід закінчити цей розділ статті добрими новинами. У Звіті Світового банку про світовий розвиток 2011 р. міститься заклик до вироблення стратегії правосуддя, що: «1) ґрунтується на розумінні соціально-політичного контексту (тим самим просуваються не абстрактно найкращі, а найбільш придатні рішення, що засновані на місцевих потребах, експерименті й адаптації); 2) зосереджує увагу на соціальних і економічних чинниках правосуддя, а не лише на судівництві...». Ці нещодавні зміни декларацій (на рівні риторики) відбулися після витрачання мільярдів доларів на пошук абстрактно найкращих стратегій, на кшталт тих, що пропонувала Венеціанська комісія. Це крок уперед у доланні давно існуючих і вельми поширених припущень у напрямі усвідомлення суті питання. Більше того, усередині Світового банку й інших агентств, таких як Інститут світу в США, останніми роками відбувається важлива робота, спрямована на дослідження саме цих питань, а також на пошук шляхів для створення програм, які враховують вказане зростаюче розуміння. Але цю діяльність не можна назвати такою, що превалює; вона відбувається усупереч низці укорінених бюрократичних й ідеологічних установ, тенденцій і зацікавлених кіл, її вплив усе ще потребує оцінки, і названі цілі простіше заявити, ніж досягнути з причин знову ж таки виходу за межі юридичного знання¹.

4. Висновки: поза межами верховенства права (або поблизу від нього)?

Це приблизно те, чого я наразі досягнув у сфері верховенства права. Я не певен, що цього досить і закінчу мій звіт про просування на цьому шляху одним питанням, що мене спантеличує. Довгі роки я доводив хибність згаданих на початку статті конвенційних концепцій верховенства права, що помилково зосереджують основну увагу на правилах, практиках і діяльності основних юридичних інститутів. Я припустив, що це помилково з двох причин. По-перше, вони починають з інституційних рис, які видаються необхідними для верховенства права, замість того, щоб вивчати мету, видимого *telos*, під кутом якого можна

¹ Див., зокрема, публікації групи «Правосуддя для бідних» (наприклад, Д. Іззер, М. Вулкок та їх помічники), а також їхній блог на сайті Світового банку.

оцінити значущість і корисність тих чи інших інститутів. По-друге, значущість і корисність є головними питаннями, тоді незрозуміло, чому бачення цих речей має обмежуватися виключно правничо-інституційними аспектами. Слід підходити до проблеми ширше і передусім із більш соціологічних позицій.

Іноді я відчуваюся так, ніби мочусь проти вітру (це начебто австралійський вираз). Що я справді можу зробити, щоб зіштовхнути з цих рейок потяг верховенства права, який несеться по них на всіх парах? Можливо не слід намагатися, зокрема і тому, що я прихильник верховенства права. Хай вони мають свої інститути і набори обов'язкових елементів верховенства права. Я робитиму щось інше. Однак нещодавно мене спровокували на продовження моєї лінії аргументації до її логічного (або нелогічного, як хтось може думати) завершення. Провокація (ненавмисна, думаю) мала місце на організованій мною минулого року конференції про ЗМІ, демократію і верховенство права.

На цій конференції, Дж. Брейтвейт презентував потужну статтю з нібито невинною назвою «Чи є поділ влади питанням верховенства права? Випадок ЗМІ». Він зазначив, що хоча багато людей говорять про верховенство права, як про «добру річ саму по собі», це не так. Радше, як він стверджує, «його краще сприймати як складову поділу влади, ніж навпаки». Чому саме такий порядок речей повинен мати значення? Відповідно до Дж. Брейтвейта, який є класичним завзятим республіканцем (не в американському сенсі цього слова, жодних асоціацій з рухом чаювання): «Розгляд поділу влади як питання верховенства права обмежує республіканську уяву у тому, як боротися за більш багатограний поділ влади. Він зводить політичну думку до нудної конституційної юриспруденції тричленного поділу влади. І це тоді, коли умови сучасності вимагають від нас побачити приватні концентрації влади, такі як рейтингові агентства чи приватні армії... як одночасно і небезпеку, і чинник сприяння для плідного балансу влади». Пізніше Дж. Брейтвейт зазначив: «Мережі інститутів потрібні для посилення урядування шляхом забезпечення його підзвітності щодо ефективності й чесності. Мережі державних і недержавних інститутів, які контролюють владу і роблять можливими інновації, ініціативність і навчання, можуть уможливлувати і перевіряти помилки одне одного у належних їм сферах відповідальності... Більшість завдань урядування мережі виконують краще, ніж ієрархії. Але мережі мають координуватися і іноді, але тільки іноді, держава є найкращим кандидатом для координування. Для більшості проблем посилення державної ієрархії для вирішення проблем не є настільки ефективним, як посилення стримувань і противаг усередині ієрархії (наприклад, зміцнення державно-приватного партнерства, збільшення професіоналів-технократів, обізнаних у цій проблемі, залученість і пильність громадянського суспільства й інших мереж урядування, а також одночасне зміцнення координації мережевого урядування)».

Я не цілком поділяю наведені думки. Я не певен, наприклад, що поділ влади має розглядатися як кінцева мета, і я наполягаю на тому, що цією метою є стримування свавільного володарювання як таке. Поділ видається мені технічним прийомом для досягнення цієї мети, що не має самостійної цінності, у певних формах і, виконуючи певні завдання, він здатний допомогти. Ми потребуємо влади для досягнення і уможливлення багатьох добрих, іноді незамінних, цілей, але вона має стримуватися і каналізуватися. Поділи певного стибу становлять важливе джерело стримування і каналізування, але не лише вони; саме по собі

досягнення поділу влади є замалою підставою для радіння. Якщо поділ послаблює корисну владу (наприклад, що застосовується для підтримки миру, забезпечення виконання домовленостей тощо), то ми не можемо радіти. Я не думаю, що Дж. Брейтвейт щось із цього заперечуватиме, і він, звичайно, підтримає мою ворожість щодо свавільної влади, але я боюсь, що висування поділу уперед може завести нас не туди.

Однак я дійсно переконаний, що ми можемо отримати користь, слідуючи його твердженню, що верховенство права слід розглядати не як завжди необхідний наріжний камінь політики приборкання влади, стосовно якої усі інші заходи є похідними або додатковими, а як одне з різноманітних знарядь, у деяких обставинах і відношеннях (як наголошує Г. Глен) надзвичайно важливе, але з точки зору успішності залежне від багатьох речей, і, можливо, не більш важливе для досягнення названої вище цілі, ніж інші.

Це не робить верховенство права неважливим, проте дає змогу побачити його важливість у перспективі, віддаючи належне іншим феноменам, які можна залучити задля досягнення відповідних цілей, і утримує нас від повторення модної всюдисущої мантри, що загрожує затиранням тих справді цінних завдань, заради яких колись розпочалась боротьба за верховенство права, а також перетворенням верховенства права на зброю у досягненні фактично будь-яких цілей.

Наразі я усе ще не знаю, які мають бути змістовні результати усього цього, можливо не буде жодних. Тому, про всяк випадок, я залишу відкритою можливість повернення до моєї попередньої іпостасі і розлогого описання істинної природи верховенства права, осмисленого у межах мого «соціологічного, телеологічного» бачення. Комусь може здатися невиразним чи незрозумілим подібне моє ставлення до проблеми, та у мене на такі випадки є лише мудрість Граучо Маркса: «Це мої принципи, і якщо вам вони не подобаються... То я маю інші».

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Kruger M.* The Rule of Law: Teleology, Sociology, and Legality / M. Kruger // Relocating the Rule of Law / ed. by G. Palombella and N. Walker. — Oxford, 2009. — P. 45–69.
2. *Kruger M.* Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares? / M. Kruger // Getting to the Rule of Law / ed. by James E. Fleming. — Nomos. № 50. — New York : NUP, 2011. — P. 64–104.
3. *Kruger M.* The Rule of Law / M. Kruger // Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / Michel Rosenfeld and András Sajó, eds. — Oxford, 2012, 233-49 (forthcoming).
4. *Poggi G.* Durkheim / G. Poggi. — Oxford : Oxford University Press, 2000.
5. *Reid J. P.* Rule of Law / J. P. Reid. — DeKalb, IL, 2004.
6. *Maitland F. W.* The Constitutional History of England / F. W. Maitland. — Cambridge, 1965.
7. *Thompson E. P.* Whigs and Hunters. The Origins of the Black Act / E. P. Thompson. — Harmondsworth, 1977.
8. *Pettit P.* Republicanism: A Theory of Freedom and Government / P. Pettit. — Cambridge, 1997.
9. *Haggard S.* The Rule of Law and Economic Growth: Where are We? / S. Haggard, L. Tiede // World Development. — 2010 — Vol. 5 (39). — P. 673–685.
10. *Fuller L. L.* The Morality of Law / L. L. Fuller. — 2nd ed. — New Haven, 1969.

11. *Waldron J.* The Rule of Law and the Importance of Procedure / J. Waldron // Getting to the Rule of Law / J. Fleming, ed. – New York, 2012.
12. *Selznick P.* The Sociology of Law / P. Selznick // The International Encyclopedia of the Social Sciences. – Vol. 9. – New York, 1968.
13. *Selznick P.* Ideals in the World / P. Selznick. – Stanford, 2012.
14. *Neumann F. L.* The Rule of Law / F. L. Neumann. – Leamington Spa, 1986.
15. *Aubert V.* In Search of Law / V. Aubert. – Totowa, NJ, 1984.
16. *Black D. J.* Review of Philip Selznick, Law, Society, and Industrial Justice / D. J. Black // American Journal of Sociology. – 1972. – Vol. 78. – P. 709–714.
17. *Black D. J.* The Boundaries of Legal Sociology / D. J. Black // Yale Law Journal. – 1971–1972. – Vol. 81. – P. 1086–1100.
18. *Soltan K. E.* Selznick and Civics / K. E. Soltan // Legality and Community. On the Intellectual Legacy of Philip Selznick // Robert A. Kagan, Martin Krygier, and Kenneth Winston (eds.). – Maryland, 2002.
19. *Krygier M.* After Postcommunism. The Next Phase / M. Krygier, A. Czarnota // 2 Annual Review of Law and Social Science. – 2006. – P. 299–340.
20. *Making Americans Healthier: Social and Economic Policy as Health Policy* / Robert F. Schoeni, James S. House, George A. Kaplan, and Harold Pollack, eds. – New York, 2008.
21. *Galanter M.* Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law / M. Galanter // Journal of Legal Pluralism. – 1981. – Vol. 19. – P. 1–47.
22. *Selznick P.* Jurisprudence and Social Policy: Aspirations and Perspectives / P. Selznick // California Law Review. – 1980. – Vol. 68. – P. 206–220.
23. *Fuller L. L.* Some Unexplored Social Dimensions of the Law / L. L. Fuller // Sutherland A. E. Path of the Law from 1967. – Cambridge Mass., 1968.
24. *Banfield E.* The Moral Basis of a Backward Society / E. Banfield. – Glencoe Illinois, 1953.
25. *Gellner E.* Conditions of Liberty. Civil Society and its Rivals / E. Gellner. – Harmondsworth, 1994.
26. *Kruger M.* The Quality of Civility: Post-Anti-Communist Thoughts on Civil Society and the Rule of Law / M. Kruger // Out of and Into Authoritarian Law / András Sajó, ed. – Amsterdam, 2002. – P. 221–256.
27. *Kruger M.* Civil Passions, Black Inc / M. Kruger. – Melbourne, 2005.
28. *Putnam R. D.* Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy / R. D. Putnam. – Princeton, 1993.
29. *Weingast B. R.* Why developing countries prove so resistant to the rule of law / B. R. Weingast // Global Perspectives on the Rule of Law / James J. Heckman, Robert L. Nelson, and Lee Cabatingan, eds. – Routledge, 2010.
30. *North D. C.* Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History / D. C. North, J. J. Wallis, B. R. Weingast. – Cambridge, 2009.
31. *Kruger M.* Institutional Optimism, Cultural Pessimism and the Rule of Law / M. Kruger // The Rule of Law after Communism / M. Krygier, A. Czarnota, eds. – Ashgate, 1999. – P. 77–105.
32. *Kruger M.* Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What, and How? / M. Kruger // 1 East Central Europe-L'Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift. – 2001. – Vol. 1 (28). – P. 1–34.
33. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...* / W. L. Felstiner et al // Law and Society Review. – 1981. – Vol. 15. – P. 631–654.

34. *Genn H.* Paths to Justice. What People Do and Think about Going to Law / H. Genn. — Oxford, 1999.
35. *Genn H.* Judging Civil Justice, The Hamlyn Lectures 2008 / H. Genn. — Cambridge, 2010.
36. *Hart H. L. A.* Kelsen Visited / H. L. Hart // Essays in Jurisprudence and Philosophy. — Oxford, 1983.
37. *Mnookin R. H.* Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce / R. H. Mnookin, L. Kornhauser // Yale Law Journal. — 1979. — Vol. 88. — P. 950–997.
38. *Selznick P.* The Moral Commonwealth / P. Selznick. — Berkeley, 1992.
39. *Moore S. F.* Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study / S. F. Moore // Law as Process. — London, 1978. — P. 54–81.
40. *Gel'man V.* The Unrule of Law in the Making: the Politics of Informal Institution Building in Russia / V. Gel'man // Europe-Asia Studies. — 2004. — Vol. 56. — P. 1021–1040.
41. *Ledeneva A. V.* Russia's Economy of Favours / A. V. Ledeneva. — Cambridge, 1998.
42. *Ledeneva A. V.* How Russia Really Works. The Informal Practices that Shaped Post-Soviet Politics and Business / A. V. Ledeneva. — Ithaca, 2006.
43. *Nonet P.* Law and Society / P. Nonet, P. Selznick // Transition. Towards Responsive Law. — New Brunswick, 2001.
44. *Holmes S.* Can Foreign Aid Promote the Rule of Law? / S. Holmes // East European Constitutional Review. — 1999. — Vol. 8. — No. 4. — P. 68–74.
45. *Pritchett L.* Solutions when the Solution is the Problem: Arraying the Disarray in Development / L. Pritchett, M. Woolcock // Centre for Global Development Working Paper. — № 106 September 2002 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1106236.
46. *Kruger M.* Hart, Fuller and Law in Transitional Societies / M. Kruger // The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century / Peter Cane, ed. — Oxford, 2010.

Крігер М. Чому верховенство права є надто важливим, щоб лишити його юристам

Анотація. Стаття стосується дещо залишеного на узбіччі соціологічного аспекту верховенства права. Вивчення верховенства права передбачає отримання відповідей на два взаємопов'язаних питання щодо нього. І тільки після цього з'явиться можливість визначити, якою має бути правова система відповідно до верховенства права. Перше питання становить мету верховенства права, або цінність, покладену в його основу, тобто те, чого воно прагне досягнути (це філософська складова). Друге питання — це те, що у світлі цієї цінності ми повинні мати у суспільстві і правовому порядку задля досягнення цієї цінності. Останнє обумовлює приділення уваги соціологічним, політичним (і економічним) передумовам. Хоча обидва названі питання є важливими, автор зосереджується саме на другому з них. Він досліджує соціальний фундамент права і верховенства права, вказуючи на складний характер останніх та їх змінюваність у різні часи та у різних контекстах. Юристи ж зазвичай, навпаки, обговорюють верховенство права як ніби воно є явищем, що його можна визначити з використанням специфічних юридичних інституціональних атрибутів, які мають бути там, де є верховенство права. Однак, якщо мета верховенства права та його соціальні і політичні передумови не беруться до уваги, інституційні рішення, що їх зазвичай пропонують ті, хто просуває верховенство права, здебільшого «зависають у повітрі». Навіть якщо вони і працюють деінде, в інших місцях вони зазнають поразки, що демонструють багато програм зі зміцнення верховенства права. Інституційні рішення мають ґрунтуватися на розумінні цінності, що лежить в основі верховенства права, а також на конкретних соці-

альних і політичних умовах того середовища, де ми намагаємось його відшукати. У світлі тієї цінності і тих умов можна поставити питання, які юридичні інституційні заходи — у цьому суспільстві і у цей час — є найбільш придатними для досягнення верховенства права у конкретному суспільстві з конкретною соціальною і юридичною історією, традиціями і юридичною практикою. Утім зазвичай юристи ігнорують ці питання і розпочинають з певного, часто недоречного у конкретній ситуації універсального бачення того, що верховенство права вимагає від правової системи. Це утворює системну прогалину в нашому розумінні. Стаття має на меті заповнити цю прогалину.

Ключові слова: право, верховенство права, правові цінності, суспільство, свавільне здійснення влади.

Кригер М. Почему верховенство права является слишком важным, чтобы оставить его юристам

Аннотация. Статья касается оставленного в определенной мере в стороне социологического аспекта верховенства права. Изучение верховенства права предусматривает получение ответов на два взаимосвязанных вопроса относительно него. И только после этого появится возможность определить, какой должна быть правовая система, чтоб соответствовать верховенству права. Первый вопрос включает цель верховенства права, или ценность, положенную в его основу, то есть то, чего оно стремится достичь (философская составляющая). Второй вопрос — это то, что в свете этой ценности мы должны иметь в обществе и правовом порядке для достижения этой ценности. Последнее обуславливает внимание к социологическим, политическим (включая экономику) предпосылкам. Хотя оба названных вопроса имеют важность, автор сосредотачивается именно на втором из них. Он исследует социальный фундамент права и верховенства права, указывая на их сложный характер и изменяемость в разное время и в разных контекстах. Юристы ж обычно, наоборот, обсуждают верховенство права, как вроде бы оно выступает явлением, определяемым с помощью специфических юридических институциональных атрибутов, которые должны присутствовать там, где есть верховенство права. Однако если цель верховенства права и его социальные и политические предпосылки не принимаются во внимание, институциональные решения, которые обычно предлагаются теми, кто продвигает верховенство права, в основном «повисают в воздухе». Даже если где-то они и работают, в других местах обречены на неудачу, что демонстрируют многие программы по укреплению верховенства права. Институциональные решения должны основываться на понимании ценности, положенной в основу верховенства права, а также на конкретных социальных и политических условиях той среды, где мы пытаемся его найти. В свете упомянутых этой ценности и этих условий может быть поставлен вопрос о том, какие юридические институциональные меры — в данном обществе и в данное время — являются наиболее приемлемыми для достижения верховенства права в конкретном обществе с конкретной социальной и юридической историей, традициями и юридической практикой. Тем не менее, чаще всего юристы игнорируют эти вопросы и отталкиваются от определенного, часто неуместного в конкретной ситуации универсального видения того, что верховенство права требует от правовой системы. Это образует системный пробел в нашем понимании. Статья имеет целью восполнить данный пробел.

Ключевые слова: право, верховенство права, правовые ценности, общество, произвольное осуществление власти.

Krygier M. Why the Rule of Law is Too Important to Be Left to Lawyers

Summary. The text deals with a somewhat neglected aspect of the rule of law, its sociological dimensions. Studying the rule of law involves getting answers to two related questions, about the rule of law, before one can say what the law should be like to

achieve it. First, : what is the point, the value, of the rule of law, what is it supposed to achieve; this is the philosophical element. Second, what, in light of that value, do you need to have in a society and legal order, in order to achieve that value? This will involve considering sociological, political (and economic) conditions. Though both questions are important, the author focuses in this text primarily on the second question. He examines the social bases of law and the rule of law, pointing out their complexity and variety in different times and contexts. Typically, by contrast, lawyers discuss the rule of law as though it was a thing to be defined by specific legal institutional attributes, which one should expect to find wherever the rule of law can be found. Unless the point of the rule of law and its social and political conditions are taken into account, however, the institutional recipes typically offered by rule of law promoters are merely floating in the air. Even if they might work somewhere, they might fail elsewhere, as many rule of law promotion programs have shown. Institutional prescriptions need to be grounded in an understanding of the value of the rule of law, and in the particular social and political conditions where one seeks it. In light of that value and those conditions, one can then ask what legal institutional measures — in this society at this time — are most likely to help one achieve the rule of law, in a particular society, with particular social and legal histories, traditions, and practices. Typically, however, lawyers ignore these issues, and start with some confident, but often misplaced, universal institutional conception of what the rule of law requires from law. That leaves a systematic gap in our understanding. This article aims to fill this gap.

Key words: law, rule of law, legal values, society, arbitrariness in the exercise of power.

РЕГУЛЯТОРНІ ПРАВИЛА І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА¹



П. ВЕСТЕРМАН
доктор права, професор
(Університет Гронінгена, Нідерланди)

Нас оточує безліч правил. Йдеться не тільки про правові норми, а й про правила етикету, соціальні правила, релігійні правила, моральні норми. Існує велика і давня традиція у філософії права щодо вивчення взаємозв'язку між нормами права і рештою усіх тих правил, які нас оточують. Тому дещо дивно виявити, що аналіз характеру правил, які є регуляторними, є рідкістю. Правила, що застосовуються для управління діяльністю лікарень, для організації початкових шкіл або з метою забезпечення охорони здоров'я у великій промисловості, а також для створення гарантій безпеки працівників підприємств, як правило, здобувають назву регуляторних. Регуляторні норми здебільшого розглядаються за принципом залишкової категорії, якій надається визначення від зворотного. Це стосується всіх тих правил, які не походять від двох традиційних джерел права — від законодавця або від судді [1].

У результаті ми маємо ситуацію, коли регуляторні норми рідко стають предметом вивчення правознавцями. До цієї теми здебільшого звертаються політологи, соціологи і перш за все економісти. Наукові журнали, такі як «Управління і регулювання» (*Governance and Regulation*), заповнені працями соціологів різного спрямування; правові ж напрацювання, як відомо, відсутні. Дискусії про правовий характер і ефективність регуляторних норм не проводяться в юридичних колах. Студенти юридичних закладів освіти багато знають про законодавство і судові рішення, і майже нічого — про правила, які застосовуються до рибної промисловості, нафтопереробних заводів або навіть до свого ж університету.

На моє переконання, такий стан речей є дивним і небажаним. Як видається, ми не повинні залишати такий важливий звід правил поза нашою концепцією права. У цій статті, по-перше, я вказуватиму на ймовірні причини, чому регуляторні правила зазвичай не розглядаються як норми права. По-друге, я стверджуватиму, що набагато доречнішою є характеристика регуляторних правил як форми права, хоча вони і є дійсно особливою формою права. Це не просто особ-

¹ Уперше статтю опубліковано в англійській версії журналу «Право України»: Westerman P. Regulation and the Rule of Law / Pauline Westerman // Law of Ukraine. — 2013. — № 4. — Р. 39–46. Переклад з англійської О. Уварової.

лива форма права. Вона до такої міри пронизує правовий ландшафт, що традиційне право виявляється ураженням нею, і у зв'язку із цим верховенство права, як може здатися, опиняється під загрозою.

Чому регуляторні норми зазвичай розглядаються як форма не-права? Є низка пояснень. По-першу, регуляторні правила часто розробляються і встановлюються різними дійовими особами. Регуляторні правила може бути розроблено регуляторними агенціями, різного роду наглядовими органами, однак у той же час вони можуть прийматися, приміром, професійними організаціями, як у випадку з медичними протоколами, або приватними організаціями, які займаються стандартизацією та сертифікацією продуктів і послуг. Немає єдиного джерела, від якого ці правила походять.

По-друге, що слід урахувати: багато з цих дійових осіб, які встановлюють регуляторні правила, не представляють державу. Правила складаються технічними експертами, громадськими організаціями, тимчасовими комітетами зі встановлення стандартів, погоджувальними радами приватних компаній або регуляторними агенціями, і, відповідно, не можуть бути повною мірою санкціоновані державною владою. Жодна з цих дійових осіб не може розглядатися як офіційне джерело права, і часто вони не можуть розглядатися навіть як особи, яким правотворча функція формально й офіційно делегована.

По-третє, такі дійові особи використовують багато альтернативних методів нормотворчості. Це, приміром, поширена для регулятивних агенцій практика формулювання цілей з одночасним залишенням простору для адресатів цих норм щодо визначення способів їх досягнення. Або регуляторні агенції можуть пропонувати певний стандарт, якому надається перевага, але при цьому знов-таки залишають адресатові норми можливість розробити альтернативне рішення. Або вони запозичують принцип «дотримуйся чи пояснюй», відповідно до якого відхилення від пропонованих правил допускається, якщо таке відхилення може бути належним чином обґрунтовано. Я повернуся до цього способу регулювання за хвилину.

Нарешті, і що більш важливо, поєднання численних альтернативних дійових осіб, що використовують настільки ж численні різноманітні методи регулювання, робить дуже складним завдання із надання правового статусу тим правилам і принципам, які ними виробляються. Яким є правовий статус кодексу внутрішньої поведінки, що прийнято на великому промисловому підприємстві? Яким є ступінь його обов'язковості? Чи може його дотримання забезпечуватися зовнішніми засобами впливу? Якою мірою експертні протоколи можуть розглядатися як дійсно правові норми? Вони, як видається, змінюються щодня відповідно до нових наукових або технологічних розробок.

Інакше кажучи, регуляторні норми розглядаються як не-право, оскільки багато з цих правил не відповідають тим умовам дійсності, які визначаються самою правовою системою. Вони не є юридично дійсними правилами, оскільки вони встановлюються, застосовується і реалізуються не в той спосіб, який описано і визначено самою правовою системою [2, р. 92–97; 3, р. 6–8]. Тому якщо ми виходимо із того, що правова система визначається шляхом посилення на ті критерії, які нею ж і встановлено, значна частина регуляторних правил залишається поза правовою реальністю.

Утім немає потреби чіплятися за цю точку зору. Якщо ми обмежимо нашу концепцію права тим, що ми визначаємо як *дійсне (валідне)* право, ми не виправ-

дано обмежимо нашу перспективу поглядами практикуючого юриста. Як Ойген Ерліх вказував ще 100 років тому [4, р. 6–8], недоцільно зводити нашу концепцію права до поглядів, якими керується юридична практика. Для практикуючого правника, приміром для судді, звичайно, важливо оцінити правовий статус правила, щоб мати можливість використати його як підставу для винесення рішення в конкретній справі. Однак для людей, які *теоретизують про право*, така обмеженість лише дійсними правилами не є необхідною. Більше того, вона затуляє собою наші погляди про те, що О. Ерліх назвав «живим правом»; про правила, які *насправді* врегульовують життя громадян. Очевидно, що таке собі живе право, про яке говорив О. Ерліх, складалося в основному із соціальних і моральних норм, звичаїв і конвенцій, які спонтанно проявляються в людському суспільстві. Але ми цілком можемо застосувати ідеї О. Ерліха до більш штучних правил регулювання, які пронизують наше повсякденне життя сьогодні.

Одна з причин, щоб це зробити, полягає в тому, що життя сучасних громадян зазнає значного впливу з боку регуляторних правил. Якщо ми маємо на увазі пересічного громадянина (а не погану людину, якій відведено чільне місце в роботі Олівера Уенделла Холмса), стає очевидно, що він набагато частіше та інтенсивніше звертається до регуляторних правил, аніж до офіційних норм, які однозначно належать до правової системи.

Пересічний громадянин може час від часу контактувати з приватним правом, коли він купує будинок або коли він одружується, організовує власну справу або коли оформляє заповіт, і він може напрочуд рідко або навіть жодного разу за все своє життя не зіткнутися з кримінальним правом. Однак життя в сучасному суспільстві для пересічного громадянина майже *постійно* виступає предметом регулювання. Він зазнає такого суттєвого впливу не стільки в своїй індивідуальній якості, скільки як член різноманітних об'єднань, таких як установи, організації, підприємства. Якщо наш пересічний громадянин викладає в початковій школі, він повинен щодня заповнювати форми, необхідні для перевірки успішності учнів. Як директор такої школи, він має заповнювати багато інших форм і брати участь у постійному діалозі з інспекцією, а також з низкою урядових чи напівурядових колегій і проміжних інститутів або комітетів [5]. Якщо наш громадянин доглядає хворих чи дуже старих, його професійна діяльність перебуває в оточенні, якщо не під диктатом правил, які вказують йому, о котрій годині він має розбудити пацієнтів, яким чином він повинен забезпечувати їх повсякденною їжею або як він має встановлювати діагноз¹. Знову ж, він повинен щоденно доповідати про те, що відбувається. Або якщо наш громадянин працює сантехніком і має власну невелику сантехнічну компанію, він має бути поінформований про те, які сертифікати він повинен отримати, щоб бути визнаним надійним сантехніком.

Нам потрібно мати на увазі, що наш пересічний громадянин не є тільки адресатом цих правил. Більшість із нас діє одночасно і як адресат правила поведінки, і як творець правила. Ми беремо участь у численних комітетах або групах, які створюються для визначення показників ефективності, цілей, критеріїв для критичної оцінки, протоколів, кодів, або для встановлення результатів того, що зроблено. У регуляторному стані ми всі є регуляторами [1]. Регуляторні

¹ Я завдячую цим прикладом дослідженню мого PhD-студента А. Л. Е. Енеквіста, який здійснив порівняння організації догляду за літніми людьми у Швеції та Нідерландах.

норми впливають на наші життя — і як дійових осіб, і як адресатів. Таким чином, «регуляторні норми» мають набагато більший вплив на повсякденне життя, ніж формально діюче право, і я вважаю, що це також справедливо і для інших частин світу, хоча, ймовірно, меншою мірою, ніж для країн ЄС.

Сам по собі той факт, що правила відіграють важливу роль у нашому повсякденному житті, не свідчить про необхідність вивчати ці правила як форму права. Той факт, що, приміром, релігійні правила відіграють важливу роль у житті багатьох людей, не змушує нас думати, що студент-правник повинен досліджувати ці правила. От і виникає запитання: чому ми повинні вивчати регуляторні правила як *форму права*?

Є ціла низка причин, що можуть бути названі. Перш за все регуляторні правила мають прямий стосунок до юридичної сили і формального введення їх у дію в тому сенсі, що вони можуть розглядатися як такі, що здобули формальне й абстрактне закріплення у відповідних актах¹.

Регуляторні норми роблять законодавчі акти «придатними» до розмови. Вони вказують нам, як закон має бути інтерпретовано, конкретизовано, введено в дію, застосовано й реалізовано на практиці. Регуляторні правила є проміжною ланкою між правом у книгах і правом у дії. Вивчення права без звернення уваги на регуляторні механізми є, з моєї точки зору, настільки ж нерозумним, як і вивчення нормативних актів без урахування того, яке тлумачення їм надають суди.

Друга причина для вивчення регуляторних норм як форми права — те, що регуляторний вплив завжди має місце в тіні закону, значною мірою запозичуючи свою примусову силу і ефективність у офіційного закону. Для ілюстрації цієї точки зору можна навести такий приклад [5]. У Нідерландах законодавець установив припис, відповідно до якого компанії, які використовують портові споруди, повинні вжити відповідних заходів для забезпечення безпеки з метою запобігання нещасним випадкам при навантаженні і розвантаженні небезпечних речовин. Оскільки цей закон не визначав, яких саме заходів безпеки слід вживати, свобода розсуду для адресатів цієї норми виявилася досить широкою. Формально кажучи, у компанії є вибір, що саме використовувати — трапи, сходи або щось інше, що видається доречним у певній конкретній ситуації. Однак інспекцією було складено більш детальні стандарти, які вказували — до абсурдного ступеня деталізованості — розміри і розташування шляхів евакуації. Важливо відзначити, що ці правила не мають правового статусу і формально не є обов'язковими. Більше того, передбачені ними заходи обережності, як правило, сприймаються як непотрібні, оскільки є багато інших, причому менш дорогих, способів забезпечення безпеки. Тим не менше, компанії спільно витратили 400 мільйонів євро для того, щоб виконати ці, не наділені обов'язковою силою, правила. Ці правила було сприйнято як юридично обов'язкові, і вважалося, що, не дотримуючись їх, компанія ризикує накликати на себе санкції або в будь-якому випадку здобути сумнівну репутацію у разі судового розгляду.

¹ Саме тому регуляторні норми влучно порівнюють з інструкціями. Без регуляторних норм формально введений у дію закон буде нагадувати «новорічну іграшку, що потребує “часткового збирання”, але позбавлену пам'ятки, як це зробити» [6].

Третьою причиною для вивчення регуляторних норм як форми права є те, що регуляторні норми здійснюють свій вплив на способи розробки і застосування формальних юридичних правил. Для того щоб побачити, як це відбувається, ми повинні детальніше проаналізувати особливості регуляторного впливу, які в загальному вигляді було окреслено вище. Я назву п'ять особливостей регуляторних правил і вкажу для кожної із них, як вони впливають на правову систему в такий спосіб, що їх дія не може бути проігнорована або відкинута, як це буває з іншими видами діяльності, які довірено здебільшого політологам і економістам. Особливості є такими:

А. Найбільш характерною рисою регуляторних норм є те, що вони зазвичай спрямовані на досягнення конкретної, заздалегідь визначеної єдиної мети або політичної цілі. За сучасних умов, звичайно, всі правила, у тому числі формальні правові норми, мають мету. Однак важлива відмінність може бути з'ясована, якщо порівняти правила, які регламентують порядок догляду за людьми похилого віку, таких, наприклад, як «харчування має надаватися не менше ніж три рази на день», і відоме завдяки багатьом філософським трактатам правило, що забороняє рух транспортних засобів у парку.

Взяте за зразок правило про те, що «в парку не повинно бути транспортних засобів», може виступати інструментом для досягнення різних і іноді навіть суперечливих цілей. Це означає, що залежно від мети правила, яке тлумачиться, воно є відкритим для різних можливих інтерпретацій. Як зазначав Г. Харт, таку відкриту будову норми не слід сприймати із жалем; завдяки їй з'являється можливість для інтерпретації правила з метою його адаптації до мінливих поглядів про бажані цілі, яких слід прагнути [3, ch. VII]. Правило може бути використано для забезпечення тиші в парку, або ж щоб добитися чистоти повітря, або для сприяння нашому задоволенню природою. Більшість юридичних норм має декілька цілей або принаймні дозволяє переслідувати різноманітні й множинні цілі. Під час судового тлумачення ці цілі має бути віднайдені, роз'яснені і збалансовані. Регуляторні правила, з іншого боку, в основному мають єдину мету. Регулювання догляду за дуже старими включає в себе величезну кількість питань і тем, починаючи від діагностики психічних розладів і завершуючи порядком відвідувань членами сім'ї. Утім усі вони зосереджені на реалізації єдиної мети — забезпечити кращий догляд за літніми людьми. Те саме можна сказати про правила, які стосуються безпеки на роботі або гігієни в ресторанах. Якщо ми поглянемо на регуляторні правила, такі, що встановлюють, приміром, температуру охолоджуючих систем або кількість годин, протягом яких дозволено сидіти за комп'ютером, то легко побачимо, що ніякі інші або конкуруючі цілі не можуть бути виведені шляхом тлумачення з цих правил, ніж дійсно гігієна чи здоров'я та безпека праці. Ось чому ми говоримо про регуляторні режими [7]. Регуляторний режим охоплює всі практики, інститути, правила і механізми, які спрямовані на досягнення цієї єдиної мети¹.

Існування таких регуляторних режимів дозволяє зменшити обсяг офіційного законодавства. Регуляторні режими мають сприяти такому стилю законодавства, в якому використовуються абстрактні і багато в чому малоінформативні

¹ Єдина інша мета, яку можна тут вирізнити, — це гармонізація або стандартизація практики. Як приклад, встановлення тривалості університетського семестру. Але такі функції правил є змістовно обумовленими і супроводжують правила завжди, незалежно від того, до якого різновиду належить таке правило.

положення, які просто встановлюють певні цілі, що мають бути реалізовані. У своїх більш ранніх роботах я проаналізувала цей вид цілерегулювання повніше [8; 9]. Йдеться, як правило, про формулювання певних абстрактних цілей (чисте повітря, належні умови праці тощо). Потім на установи накладається обов'язок вжити відповідних заходів з метою реалізації цієї мети, що включає в себе необхідність регулярно повідомляти про заходи, яких було вжито. Взяті самі по собі такі приписи є малоінформативними. Вони не передбачають заходів, яких слід вжити, і вони не визначають, що саме слід вважати належним рівнем ефективності. Нарешті, вони не визначають умов, за яких можуть бути застосовані санкції. Раніше я думала, що такий вид законодавства (яким встановлюються норми-цілі) є двигуном регуляторного стану, що існує сьогодні, але згодом я виявила, що вплив здійснюється в обох напрямках і, ймовірно, навіть більше у протилежному напрямі. Без величезної регуляторної інфраструктури, яку було розроблено навколо певних політичних цілей, було б просто неможливо обмежитися урочистим декларуванням таких цілей і формулюванням абстрактних обов'язків із їх реалізації. Це означає, що, розвиваючи регуляторні режими, формальне право має тенденцію стати бездіяльним. Звичайно, якщо формальний закон є малоінформативним і беззмістовним, принцип законності перетворюється на обман. Реальні правила і механізми доводиться відшукувати в інших місцях, де вони розробляються і застосовуються регуляторами у спосіб, який не врегульовано формальним правом взагалі.

Б. Орієнтація на досягнення єдиної мети тягне за собою ще одну особливість регуляторних правил. Такі правила розглядаються не тільки як інструмент із досягнення поставленої мети, а як найбільш *простий* інструмент, в тому сенсі, що вони можуть бути легко замінені іншими засобами, якщо ці інші засоби обіцяють бути більш ефективними або більш дієвими в забезпеченні цієї мети. Я вже зазначала, що в регуляторному режимі існує безліч різних альтернативних регуляторних інструментів. Можна спробувати забезпечити реалізацію певної мети, приписуючи адресатові обов'язок скласти відповідний план з її досягнення; можна також створити комітет, призначений вирішувати завдання зі створення системи управління якістю, або можна звернутися до класичних жорстких команд. Можна не тільки вибирати з цілого ряду різних видів правил, хтось може доволі успішно використати також інші механізми. Наприклад, можна ввести технічні пристрої для досягнення мети, яку поставлено на карту [10]. Коли об'їзна дорога є більш ефективною, ніж знак, що встановлює максимально допустиму швидкість, це означає, що об'їзна дорога є кращим засобом. Коли програмне забезпечення ефективно блокує можливість копіювати або роздруковувати авторський матеріал, немає необхідності у правилах, що розповідають вам про заборону копіювати або роздруковувати. Тому так звані технорегулятивні норми (у значенні регулювання за допомогою технологій) часто виступають як краща альтернатива, аніж правила. Інший спосіб реалізації поставленої мети — використання стимулів, таких як субсидії і нагороди. Ці стимули не використовуються для того, щоб спонукати людей дотримуватися правил. У цьому сенсі вони не є простим зворотним відображенням каральних санкцій. Їх метою є спонукати людей вчиняти добре, тобто реалізувати цілі відповідних інституцій. Безліч усіх цих механізмів може бути пояснена тим, що поставлена мета розглядається як щось більш важливе, ніж самі правила. Продуктивність є більш важливою, аніж просте дотримання. Результати важливіші за правила.

Очевидно, що вибір між різними способами реалізації мети багато в чому зумовлений міркуваннями ефективності та результативності. Ефективність і результативність розглядаються як першочергові чесноти регулювання. Правдою є і те, що легітимність і прозорість також є тими чеснотами, які часто згадуються і якими часто захоплюються, але уважний читач побачить, що ці чесноти здебільшого виконують роль попередніх умов, які має бути виконано для того, щоб забезпечити співпрацю людей і спонукати їх зробити свій внесок у досягнення поставленої цілі. Легітимність розуміється не як якість, завдяки якій певна юридична угода відповідає таким правовим принципам, як правова визначеність або рівність, а як можливість забезпечення добровільного дотримання людьми правила і сприяння його реалізації [11]. Це, звичайно, виступає причиною того, чому регуляторні норми вивчаються в основному економістами і соціологами. Бо якщо справа доходить до оцінки ефективності й результативності засобів для досягнення певної заданої мети, ми потребуємо деяких емпіричних навичок, а також теоретичних моделей, розроблених цими дисциплінами. Але, як мені здається, є причини віддавати перевагу більш широкому набору стандартів, ніж тільки ефективність і результативність. Ми могли б, наприклад, оцінити регуляторні норми у світлі ідеалів верховенства права. Використання камер для того, щоб сприяти вирішенню завдання із забезпечення безпеки, може бути досить ефективним, але у той же час може конфліктувати з іншими цінностями, такими як недоторканність приватного життя і свобода від державного втручання.

В. Орієнтація на досягнення мети, що лежить в основі регуляторного режиму, вимагає здійснення безперервної оцінки його ефективності. Цілі формулюються в термінах бажаності. Хороша освіта або якісне медичне обслуговування є цілями, досягнення яких може бути прискорено, але ніколи не досягнуто. Тому результати мають постійно покращуватися. Більше того, має бути продемонстровано зовнішньому світу, що результати постійно покращуються. Це є функцією багатьох систем якості, які розробляються. Інституції, які не можуть вказати на системи якості, розроблені для постійного моніторингу та оцінки успішності розвитку, більше не сприймаються всерйоз. Існування таких систем якості, а також протоколів і кодувань служить саме по собі доказом того, що досягнуто суттєвого прогресу в реалізації поставлених цілей¹.

Той факт, що цілі часто є бажаними, створює проблему щодо реалізації вимог правової визначеності і стабільності правового регулювання. Регуляторні норми переслідують динамічні цілі. Те, що вважається належною продуктивністю сьогодні, може розглядатися як недостатньо ефективно завтра. Критерії та показники-індикатори часто є результатом бенчмаркінгу². Саме на основі оцін-

¹ Слід розуміти, що такий постійний моніторинг здійснюється також і самими регуляторами. Вони не тільки постійно відстежують, яких результатів досягли школи, компанії або музеї, а й перевіряють інструменти, які використовуються, щоб досягнути цих результатів. Лунає багато закликів про проведення емпіричних досліджень, предметом яких була б ефективність регуляторних інструментів (так звані критерії регулятивного впливу). Правила, стимули, завдання та кодування постійно вивчаються і оцінюються з огляду на ступінь їх ефективності в реалізації поставлених цілей.

² Бенчмаркінг — безупинний систематичний пошук і впровадження найкращих практик, що приведуть організацію до досконалішої форми. Дієвий інструмент для визначення становища компанії порівняно з іншими, подібними за розмірами та/або сферою діяльності, організаціями (*прим. перекладача*).

ки всіх показників вимірюється середній рівень продуктивності. Критерії належної продуктивності займають дещо вище місце, ніж критерії середньої продуктивності. Це означає, що як тільки середня продуктивність підвищується, критерії також піднімаються. У результаті інститути і компанії, діяльність яких піддається регулюванню, ніколи не можуть бути впевнені, що те, що вони роблять зараз, буде визнаватися достатньо хорошим і завтра. Стабільність і сталість правил, що має життєво важливе значення для будь-якого розуміння верховенства права, у зв'язку із цим опиняється під загрозою.

Г. Множинність засобів, що використовуються для досягнення поставленої цілі, змушує враховувати той факт, що в регуляторному режимі немає реального відокремлення процедур створення правил, контролю за їх дотриманням і забезпечення виконання [11]. У більшості випадків ці заходи здійснюються тим самим суб'єктом. Інспекція початкової освіти в Нідерландах, приміром, збирає дані, дає рекомендації щодо того, як досягати певних поставлених цілей, видає безліч доповідей, контролює ступінь успішності реалізації цілей, веде переговори з директорами шкіл щодо отриманих результатів, і в остаточному підсумку застосовує санкції, такі як публікація результатів моніторингу в Інтернеті або позбавлення додаткової субсидії чи застосування до школи більш інтенсивної форми перевірки до тих пір, поки показники результативності не покращаться.

Той факт, що завдання нормотворчості, контролю, введення в дію і застосування відповідних правил найчастіше виконується тими самими руками, говорить про неможливість ведення мови про поділ влади, а отже, вказує на необхідність розробки альтернативних механізмів, які можуть компенсувати втрату балансу і контролю над занадто потужними дійовими особами. Це не означає, що ми повинні просто повернутися до ідеалу Ш. Л. Монтеск'є. Але це вказує на бажаність того, щоб юристи і філософи права винаходили нові механізми, здатні виконувати ту саму функцію¹.

Д. Хоча регуляторний режим сконцентровано навколо однієї мети, було б помилково вважати, що він походить тільки від одного регулятора. Як було зазначено вище, ті, хто виступають регуляторами, одночасно поширюють регулювання і на самих себе. За всіх видів поєднання саморегулювання (різних типів) і спільного регулювання (всіх можливих його різновидів) кожен виявляється задіяним у тривалому процесі, що включає в себе дискусію про належні засоби досягнення мети, навколо якої вони об'єднані. Університет є гарним прикладом; ми всі залучені до дискусії про відповідні стандарти, які будуть використовуватися, про показники ефективності (що вважати дослідженням належного рівня, який журнал за своїм рейтингом вище), як залучити фінансування та субсидії, хто має отримати винагороду за свою наукову діяльність, як організувати навчальний план, які види освітніх цілей мають бути сформульовані і як збільшити кількість випускників. Це означає, що ми більше не можемо осмислювати сучасне суспільство в традиційних дихотомічних термінах, коли «окремих громадян» протиставляється «уряду». Скоріше, громадянин бере участь в одному або декількох регуляторних режимах, кожен з яких зосереджений на досягненні певної мети. І от виникає питання, яким чином ми повинні зважувати і збалансовувати ці різні цілі. Більшість дискусій із питань регуляторних

¹ Прикладом такого альтернативного механізму є трипартизм, концепція якого розроблена Яном Айресом і Джоном Брейзвейтом [12].

правил точаться навколо регуляторного режиму, але це, як видається, залишає мало простору для дискусії про відносну вагу різних цілей щодо одна одної. Саме в цей момент, на мій погляд, у дискусію мають вступити юристи і філософи права. У чому полягає робота юристів? У зважуванні й збалансуванні різних і суперечливих інтересів, різних і суперечливих цінностей, різних і суперечливих цілей. Якщо ми не хочемо залишатися обмеженими певним регуляторним режимом і якщо ми націлені на проведення дискусії щодо цінності іншої цілі, яку поставлено на карту, ми маємо обговорити кінцевий результат.

На підставі аналізу цих п'яти характерних особливостей я можу дійти висновку, що юристи – а також філософи права – мають звернути увагу на регуляторні норми як на (нову) форму права, яку має бути обмежено принципами визначеності й рівності. Довіряючи вивчення регуляторних норм тільки економістам і політологам, можна поставити під загрозу верховенство права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Levi-Faur D.* Regulation & Regulatory Governance / D. Levi-Faur // Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Working Paper. – 2010. – № 1. – 47 p.
2. *Kelsen H.* General Theory of Law and State / H. Kelsen // Cambridge Mass. Harvard U.P., 1945. – 516 p.
3. *Hart H. L. A.* The Concept of Law / H. L. A. Hart // Oxford U. P., 1961. – 263 p.
4. *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts / E. Ehrlich // Berlin, Verlag von Duncker & Humblot, 1913. – 439 s.
5. *Timmer W.* Het doel wel gesteld: Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving / W. Timmer // Centre for Law and Innovation, Boom Juridisch Uitgevers, 2011. – 359 p.
6. *Difference Between Act and Regulation* / Answer by John Burnett, Richard Insley, Ken Gollhofer and Mary Beth Guard [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bankersonline.com/compliance/guru2004/gurus_cmp040504e.html.
7. *Senn M.* Non-state Regulatory Regimes: Understanding Institutional Transformation / M. Senn // Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2011. – 300 p.
8. *Westerman P. C.* Governing by Goals: Governance as a Legal Style / P. C. Westerman // Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation. – Hart Publishing, 2007. – P. 51–72.
9. *Westerman P. C.* The Emergence of New Types of Norms / P. C. Westerman // Luc J. Wintgens (ed.) Legislation in Context: Essays in Legisprudence. – Ashgate, Aldershot, 2007. – P. 117–133.
10. *Brownsword R.* Code, Control and Choice: Why East is East and West is West / R. Brownsword // Legal Studies. – 2005. – № 25. – P. 1–21.
11. *Rubin E. L.* Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State / E. L. Rubin // Princeton U.P., New Jersey, 2005. – 480 p.
12. *Ayres I.* Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate (Oxford Socio-Legal Studies) / I. Ayres, J. Braithwaite // Oxford University Press, 1995. – 216 p.

Вестерман П. Регуляторні правила і верховенство права

Анотація. Стаття присвячена регуляторним правилам як новій формі права, що не походить від двох традиційних джерел права — законодавчої чи судової влади.

Автор відзначає п'ять особливостей регуляторних правил і розкриває функції кожної з них у правовій системі, демонструючи тим самим, що дана форма права не повинна ігноруватися. Особливості є такими: а) регуляторні правила здебільшого спрямовані на досягнення конкретної, заздалегідь визначеної єдиної мети; б) такі правила розглядаються не тільки як інструмент досягнення поставленої мети, а й як найбільш простий інструмент; в) орієнтація на досягнення мети, що лежить в основі регуляторного режиму, вимагає здійснення безперервної оцінки його ефективності; г) у регуляторному режимі немає реального відокремлення створення правил, контролю за їх дотриманням і забезпеченням виконання; д) суб'єкти, які створюють регуляторні правила, виступають одночасно і їх адресатами. Усі п'ять особливостей зачіпають принципи рівності і правової визначеності, а тому мають безпосереднє значення для верховенства права, що приводить до неможливості їх подальшого ігнорування при аналізі правового регулювання.

Ключові слова: форма права, регуляторні правила, регуляторний режим, створення правил, правозастосування, саморегулювання, спільне регулювання.

Вестерман П. Регуляторные правила и верховенство права

Аннотация. Статья посвящена регуляторным правилам как новой форме права, не проистекающей от двух традиционных источников права — законодательной или судебной власти.

Автор отмечает пять особенностей регуляторных правил и раскрывает функции каждой из них в правовой системе, демонстрируя тем самым, что данная форма права не должна игнорироваться. Особенности такие: а) регуляторные правила преимущественно направлены на достижение конкретной, заранее определенной единственной цели; б) такие правила рассматриваются не только как инструмент достижения поставленной цели, но и как наиболее простой инструмент; в) ориентация на достижение цели, лежащей в основе регуляторного режима, требует осуществления непрерывной оценки его эффективности; г) в регуляторном режиме нет реального разделения между созданием правил, контролем за их соблюдением и обеспечением выполнения; д) субъекты, которые создают регуляторные правила, выступают одновременно и их адресатами. Все пять особенностей затрагивают принципы равенства и правовой определенности, а потому имеют непосредственное значение для верховенства права, что приводит к невозможности их дальнейшего игнорирования при анализе правового регулирования.

Ключевые слова: форма права, регуляторные правила, регуляторный режим, создание правил, правоприменение, саморегулирование, совместное регулирование.

Westerman P. Regulation and the Rule of Law

Summary. The article is devoted to regulation as a new form of law which do not spring from the two major traditional sources of law — the legislator and the judiciary.

Author mentions 5 features of regulation and indicates for each one of these features how they affect the legal system implying that regulation cannot be ignored. There are: a) regulatory rules are usually designed in order to fulfill a specific, predetermined and single purpose; b) the rules are not only considered as instrumental to achieve a certain purpose, but as a 'mere' instrument; c) the orientation towards furthering the purpose around which a regulatory regime is organized, had led to a practice of continuous assessment; d) in a regulatory regime there is no real separation between rulemaking, monitoring compliance, and enforcement; e) those who are regulated act also as regulators themselves. All five features have consequences for the principles of equality and legal certainty and threaten to affect the rule of law in such a way that regulation can no longer be discarded from the analysis of law.

Key words: form of law, regulatory rules, regulatory regime, rulemaking, enforcement, self-regulation, co-regulation.

НАРОДНИЙ (НАЦІОНАЛЬНИЙ) СУВЕРЕНІТЕТ І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА¹

Н. ВАРЛАМОВА
*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник
сектору порівняльного права
(Інститут держави і права РАН,
Москва, Росія)*



Визнання народу (нації) єдиним джерелом влади і носієм суверенітету, що ствердилось на Заході в епоху буржуазних революцій і стало ледь не політичною аксіомою, має своїм наслідком уявлення про умовність, обмеженість, відповідальність і строковість будь-якого політичного панування, яке не випливає з власного права (монарха), а є результатом вільного самовизначення народу, ґрунтується на волевиявленні більшості громадян і здійснюється, доки користується визнанням і підтримкою народу (залишається легітимним). Таке політичне панування деперсоніфіковане. Державна влада не ототожнюється і не пов'язується з певною особистістю. Державний континуїтет знаходить свою підтримку у самій нації і забезпечується раціонально-правовими способами наділення публічно-владними повноваженнями, що припускають періодичну зміну осіб, яким довіряється їх здійснення [1, с. 73–75; 2, с. 138].

Спочатку доктрина народного суверенітету, систематизована Ж.-Ж. Руссо у «Суспільному договорі» [3], припускала не тільки визнання народу єдиним джерелом влади, а і його безпосередню участь в управлінні державою на основі принципу загальної згоди. Однак дуже швидко пряме народне правління стало розглядатися як демократичний ідеал, який не може бути реалізований в умовах сучасних держав, що являють собою набагато більші й соціально-політично диференційовані співтовариства порівняно з античними полісами, де воно, як прийнято вважати, мало місце.

Сучасні дослідники виділяють такі характеристики грецького поліса, що обумовили можливість реалізації в ньому безпосереднього народовладдя (демократії у власному розумінні слова): невелика кількість громадян (менш як 40–50 тис.), їх економічна і військова незалежність (поєднання в одній особі хлібороба/землевласника і воїна); однорідність населення, достатня схожість інтересів громадян, відсутність між ними істотних економічних, релігійних, мовних, культурних відмінностей; незалежність і економічна, політична, військова самодостатність поліса (автаркія) [4, с. 29–31; 5, с. 29–32].

¹ Переклад з російської Д. Вовка.

Крім того, полісу була притаманна недиференційованість публічної та приватної сфер життєдіяльності: «У грецькому баченні демократії громадянин постає цілісною людиною, для якого політика є природним проявом громадської діяльності, невіддільною від інших сфер його життя. Для нього управління і держава — чи, радше, поліс — не віддалені і не відчужені від людини. Навпаки, політичне життя — це розвиток його власного існування» [4, с. 29]. Свобода стародавнього грека розглядалася не як його власний атрибут, обумовлений належністю до людського роду, а як наслідок належності до поліса, тобто громадянства [4, с. 36]. Його права та обов'язки як індивіда «були пов'язані з його положенням; вони слідували з його існування як громадянин: це були “громадянські” права і обов'язки... Самореалізація і благополучне життя в цілому були можливі лише в полісі» [5, с. 34]¹.

Національні держави, що сформувалися в Європі до Нового часу, за всіма зазначеними параметрами докорінно відрізнялися від грецьких полісів, тому ідеал народовладдя вимагав тут принципово іншого інституційного втілення, яким і стало представницьке правління.

Політичне представництво і представницьке правління стали видатним винаходом, які зробили демократію «придатною для тривалого часу і для великих територій» [7, с. 19]. Воно проголошувалося «головним відкриттям сучасної епохи», у результаті якого «вирішення всіх проблем, і теоретичних, і практичних, буде знайдено» [8, с. 695]. При цьому в сучасних дослідників викликає здивування, що ні республіканський Рим з його територіальною експансією, ні італійські республіки епохи Відродження не вирішували і навіть не ставили цю проблему [4, с. 44]. Заперечення Ж.-Ж. Руссо ідеї представницького правління було цілком у руслі класичної традиції. Питання про політичне представництво актуалізувалося під час англійської революції, коли вимоги левелерів у чомусь передбачили сучасне розуміння представницького правління, при якому «з'єднання демократичних принципів народного правління і недемократичної практики представництва дозволяє демократії набути нової форми і вимірів» [4, с. 45]. У Дж. Локка ідея народного представництва знайшла саме загальний вираз², а Дж. Ст. Мілль писав про нього вже як про щось само собою зрозуміле³. Гасла і інституційне оформлення результатів Французької та Американської революцій цілком базувалися на ідеї народного представництва. Так, абат Е.-Ж. Сійєс, виступаючи на Національних зборах 7 вересня 1789 р., заявив: «Більшість наших громадян не має достатньої освіти і необхідного вільного часу для того, щоб самим займатися вирішенням політичних проблем. Отже, їм потрібно обирати представників, більш достойних, ніж вони самі, і наділяти їх повноваженнями ухвалювати рішення» [2, с. 94]. Безпосередне

¹ Див. також класичну працю Б. Констана [6].

² Так, наприклад, він стверджував, що податки на утримання уряду можуть стягуватися тільки «за згодою більшості, яке дає його або саме, або за посередництвом обраних ним представників» [9, с. 82].

³ «...Єдина форма правління, що цілком задовольняє всі вимоги громадськості, — та, в якій бере участь увесь народ; ...виконання навіть найнезначущої суспільної функції корисно; ...участь має бути всюди настільки великою, наскільки це допускає загальний рівень культури, досягнутий даним суспільством, і ...ніщо не може бути так бажано, як допущення всіх до участі в управлінні країною. Але оскільки у суспільстві, якщо воно перевищує своїми розмірами маленьке місто, усі члени можуть особисто взяти участь тільки у надзвичайно малій частині суспільних справ, то ідеальним типом досконалої форми правління може бути тільки представницький» [10, с. 63].

народовладдя виключає ретельне обговорення проблем, пошук компромісів, а значить і прийняття узгоджених рішень. Тому, як вважав Е.-Ж. Сійєс, «народ може говорити і діяти тільки через своїх представників» [2, с. 93].

Саме з Е.-Ж. Сійєсом і його роботою «Третій стан» [11] у французькій доктрині пов'язують обґрунтування принципу національного суверенітету. На відміну від народного суверенітету Ж.-Ж. Руссо принцип національного суверенітету припускав встановлення представницького правління, допускав обмеження виборчого права, яке розглядалося як функція, що покладається на найбільш підготовлених і гідних громадян, здатних синтезувати і висловити волю народу, і вимагав обмеження влади з метою захисту прав і свобод людини. Ці ідеї знайшли висвітлення в Декларації прав людини і громадянина 1789 р. і Конституції 1791 р. Протиставлення принципів народного і національного суверенітету втратило свою гостроту після введення у Франції в 1848 р. загального виборчого права (для чоловіків) [2, с. 88–91]¹.

Теорія представницького правління була покликана не просто витіснити народ на периферію політичної системи, відсторонивши його від реального здійснення державної влади, а виробити політико-правові інструменти, що дозволяють поєднати народний (національний) суверенітет з ефективним і компетентним правлінням еліт [2, с. 93]².

Представницьке правління на відміну від безпосереднього народовладдя виявилось сумісним зі складно організованим і диференційованим суспільством, яке вирізняється інституціоналізованим плюралізмом соціально-політичних інтересів. Безліч різноманітних організацій, які опосередковують ці інтереси і конкурують за їх представництво на загальнонаціональному та регіональному рівнях, стали не деструктивним чинником, як вважав Ж.-Ж. Руссо, а неминучою і необхідною складовою демократичного порядку [4, с. 39–40, 46–47].

Одночасно сформувалися сучасні уявлення про індивідуальну свободу, особисту автономію і приватні сфери життя як межі державного (публічно-владного) втручання. Безпосереднє народовладдя загрожує «демократичним авторитаризмом», бо не дозволяє ставити питання про необхідність обмеження влади, адже здається, що влада, здійснювана самим народом, за визначенням не може бути репресивною, становити загрозу свободі народу³. Влада представників народу, які в процесі її реалізації набувають певної незалежності від громадян, що їх уповноважили, навпаки, потребує обмеження з метою захисту індивідуальної свободи. Це дозволило абату Е.-Ж. Сійєсу стверджувати: «Чим більше

¹ У статті поняття «народний» і «національний» суверенітет використовуються як тотожні. Той аспект національного суверенітету, який пов'язаний із визнанням права нації на самовизначення, у даному випадку не зачіпається [12–14].

² Сучасні дослідники відзначають, що навіть у Стародавній Греції «проголошений демократією принцип участі кожного громадянина в політичному житті та управлінні державою на практиці виглядав дещо інакше. Політику поліса, хотів того демос чи ні, все ж визначали професіонали, діяльність яких коригувалася народними зборами (іноді вдало, іноді невдало)» [15, с. 47].

³ У грецькому полісі «теоретичних меж державної влади встановлено не було. Не було ні роду занять, ні сфери людської життєдіяльності, куди б держава не могла цілком законним чином втручатися, коли рішення були належним чином схвалені Зборами... Час від часу Афіньська держава ухвалювала закони, що обмежують свободу слова... Це робилося не надто часто, тому що не було потреби або не спадало на думку, а не тому, що були визнані права чи сфери приватного життя, на які не наважувалася зазіхати держава» [цит. за: 4, с. 529–530].

чистої демократії, тим ближче вона до деспотизму; вона наближається до свободи тільки стаючи представницькою» [цит за: 16, с. 103]¹.

Представницький характер правління припускає, що публічно-владні повноваження, якими володіють органи державної влади, виникають (принаймні, у кінцевому підсумку) з акту народного волевиявлення, що здійснюється за допомогою вільних, демократичних (у сучасних умовах — загальних) виборів. При цьому публічно-владні повноваження мають октройований, цільовий, умовний і обмежений характер. Вони не припускають можливості відповідної особи або органу діяти за своєю волею і у своєму інтересі. Публічно-владні повноваження покладаються конституцією або законом з метою здійснення суворо визначених функцій і виражаються у сукупності обов'язків з їх реалізації, часто допускають ту чи іншу міру дискреції (розсуду) відповідного органу або особи.

Ще Дж. Локк указував, що верховну посадову особу, якій довірена виконавча влада, «слід вважати образом, фантомом, або представником держави, скерованим волею суспільства, оголошеною в його законах; і отже, вона не має ні волі, ні влади, крім тих, якими володіє закон. Але коли вона втрачає це представництво, цю громадську волю і діє за своєю особистою волею, то вона втрачає себе і є лише приватною особою без влади і без волі, яка не має права на покору; члени суспільства зобов'язані коритися тільки волі суспільства» [9, с. 87]. «У сфері державного та адміністративного права усе зводиться до вчення про обов'язки агентів влади, — писав Г. Шершеневич. — Якщо й говорять про право судового слідчого у разі... опору, вимагати сприяння як цивільного, так і військового начальства, або про право губернатора опротестувувати постанову міської думи, визнане їм незаконним або недоцільним, то насправді йдеться про обов'язки вдатися до таких заходів за наявності зазначених у законі умов» [18, с. 572]. М. Коркунов також підкреслював, що у державній службі головним елементом є обов'язок, а права службовців виступають умовами, що забезпечують успішне виконання ними своїх обов'язків [19, с. 400–401].

Така конструкція представницького правління зумовлена розумінням держави як інституту громадянського суспільства, що діє від його імені з метою публічно-владного забезпечення та захисту свободи його членів. Тому всі державні органи пов'язані принципом верховенства права, який корінням сягає англійського *rule of law*, хоча і не зводиться до його класичного розуміння, запропонованого А. Дайсі.

А. Дайсі розкривав значення принципу *rule of law*, вказуючи на три його складові. По-перше, верховенство права виключає сваволю влади, прерогативу або навіть широкі дискреційні повноваження уряду. Управління людьми здійснюється за допомогою права. Ніхто не може бути покараний за примхою чиновника або судді, покарання можливе лише за порушення права, встановлене звичайним судом [20, с. 212–213, 230; 21, с. 34].

¹ Утім висхідне до Ж.-Ж. Руссо трактування народного суверенітету як належності народу вищої, безумовної й абсолютної влади досі впливає на французьку конституційну доктрину і практику. Закон, ухвалений парламентом (представниками народу), вважається вираженням волі народу, якщо тільки не буде доведено протилежне в результаті голосування з цього питання на референдумі [17, с. 158]. А оскільки рішення, прийняті народом безпосередньо, є суверенними, то закони, ухвалені шляхом референдуму, не підлягають перевірці на відповідність Конституції (постанова Конституційної ради Французької Республіки № 62-20 від 6 листопада 1962 р.) [2, с. 175, 214, 234].

По-друге, верховенство права припускає рівність перед правом. Ніхто не може стояти над правом і будь-яка людина (включаючи посадових осіб), яке б не було її звання або положення, підкоряється звичайним законам держави і підлягає юрисдикції звичайних судів. Верховенство права виключає будь-яку можливість звільнення посадових осіб або будь-кого іншого від обов'язку підкорятися праву, якому підпорядковуються інші громадяни, і від відповідальності перед звичайними судами. Для А. Дайсі неприйнятна континентальна традиція, коли публічна влада та посадові особи керуються у своїй діяльності спеціальними принципами і нормами (так званим «адміністративним правом»), застосовуваними спеціальними адміністративними трибуналами [20, с. 220–221, 230–231; 21, с. 34].

Третій аспект принципу верховенства права за А. Дайсі виражається у тому, що загальні принципи конституції, зокрема індивідуальні свободи, виникають не з формально прийнятого конституційного тексту, а з рішень судів, що визначають права окремих осіб у випадках, що потрапили на їх розгляд [20, с. 222]. Якщо у континентальних країнах «права приватних осіб є дедукцією з принципів конституції», то в Англії «так звані принципи конституції становлять індукції або узагальнення, засновані на окремих рішеннях, вироблених судами щодо прав даних осіб» [20, с. 225]¹. На думку А. Дайсі, це забезпечує більш ефективний захист прав людини, оскільки основна увага приділяється не формальному проголошенню прав, а «відшуканню засобів, якими можна змусити визнавати права приватних осіб» [20, с. 227]. Інакше кажучи, *ubi jus ibi remedium* (право там, де є засіб його захисту) [20, с. 226].

У сучасній англійській конституційній доктрині концепція А. Дайсі визнається досить обмеженою і багато коментаторів висловлюються за більш широке розуміння принципу *rule of law*. Зокрема, вказується на те, що з верховенства права випливають вимоги відносної стабільності та достатньої визначеності правових приписів; крім того, вони повинні мати загальний характер і їм не може надаватися зворотна сила. Верховенство права також передбачає доступ до незалежного правосуддя [22, с. 195–196]. Правові положення, що стосуються громадянських свобод, мають бути досить точними, а положення, що надають посадовим особам широкі дискреційні повноваження, повинні містити гарантії проти зловживання ними [23, с. 511]. В іншому випадку буде важко чітко відрізнити конституційний порядок від довільного правління. Але навіть така інтерпретація верховенства права сьогодні здається «не надто претензійною» [21, с. 35].

Усе більшого поширення набувають не формальні, а матеріальні трактування верховенства права, які висувають вимоги до змісту правових приписів. Принцип верховенства права повинен розумітися як захист автономії та гідності людини. Він вимагає, щоб рішення державних органів були доцільними і обґрунтовувалися міркуваннями загального блага. Отже, принцип верховенства права має на увазі фундаментальні права — свободу совісті, вираження думок, асоціацій; без них громадяни не зможуть розуміти і критикувати уряд [21, с. 35; 25–27].

¹ Показово, що навіть у такому формальному розумінні *rule of law* права людини, визнані і захищені судом, є первинними щодо конституції і взагалі об'єктивного права, за ними визнається навіть не просто конституційний, а конституюючий характер, вони, власне, і формують конституцію країни.

Ці доводи мають величезне конституційне значення. Якщо верховенство права ототожнюється, як у традиційному значенні, яке йому надавав А. Дайсі, із суворим дотриманням вимог формальної законності, то адміністративний акт або рішення, санкціоноване парламентом, не можуть бути ефективно оскаржені у судах. Згідно з принципом верховенства законодавства, суд повинен застосовувати закони, прийняті парламентом, незалежно від того, наскільки деспотичним або довільним є їх зміст. Якщо ж принцип верховенства права розуміти змістовно, то адміністративні рішення і можливо навіть акти парламенту можуть бути оскаржені, коли допущені очевидні порушення основних прав. Англійська судова практика останніх років свідчить на користь такої змістовної концепції верховенства права [21, с. 35]. Із посиланням на принцип верховенства права та вимоги і права людини, що з цього принципу випливають, англійські суди неодноразово визнавали недійсними рішення посадових осіб [27–29] та скасовували рішення нижчестоящих судів [30]. Разом з тим поки що у Великобританії невідомі випадки визнання недійсними актів парламенту у зв'язку з порушенням принципу верховенства права [21, с. 36]¹.

Для захисту прав людини від порушень за допомогою законодавчих актів судді використовують презумпцію, згідно з якою за відсутності чітко виражених положень, що свідчать про зворотне, парламент не має наміру обмежувати права людини. У низці судових рішень законодавству було дано обмежувальне тлумачення, що не припускає втручання у здійснення права на мирний протест [31], права на доступ до правосуддя [31–33], право на справедливий розгляд перед ухваленням адміністративного рішення, що зачіпає інтереси конкретної особи [34]. Слідування названій презумпції вказує на те, що принцип *rule of law* забезпечує міцний захист основних свобод і має набагато ширший зміст, ніж це випливає з класичної концепції А. Дайсі. Свобода вираження думок і право на доступ до правосуддя, зокрема, розглядаються не просто як «залишкові свободи» (незаборонена правом поведінка), а як конституційні права надзвичайної важливості у ліберальному демократичному суспільстві [35–36]. В іншому випадку суди не могли б посилатися на них у виправданні обмежувального тлумачення положень законодавства [21, с. 34].

Таким чином, верховенство права трактується сьогодні як верховенство прав людини, сенс якого прекрасно виражений у ст. 18 Конституції РФ: «Права і свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими. Вони визначають смисл, зміст і застосування законів, діяльність законодавчої і виконавчої влади, місцевого самоврядування і забезпечуються правосуддям».

Верховенство права (прав людини) передбачає два базових принципи правового регулювання. Стосовно приватних осіб — дозволено все, що прямо не заборонено, а заборонено може бути лише те, що порушує права інших осіб або

¹ Традиційна англійська доктрина верховенства парламенту продовжує діяти, хоча і в ослабленому вигляді. Зокрема, згідно з Актом про права людини (*Human Rights Act*) 1998 р., законодавство, наскільки це можливо, повинно тлумачитися і застосовуватися таким чином, щоб бути сумісним із правами, гарантованими Конвенцією про захист прав людини та основних свобод (s 3 (1)). Якщо таке тлумачення виявляється неможливим, суд може ухвалити декларацію про несумісність будь-якого положення акта парламенту з правом, передбаченим Конвенцією (s 4 (2)). Суд не уповноважений визнати таке законодавче положення недійсним або таким, що не підлягає застосуванню, проте після ухвалення декларації про несумісність уряд може відчувати політичний тиск, що спонукає внести зміни до закону, з тим щоб усунути його несумісність із правом, гарантованим Конвенцією [21, с. 38].

публічний порядок, встановлений для їх забезпечення і захисту. Стосовно державних органів та осіб, наділених публічно-владними повноваженнями, — заборонено все, що прямо не дозволено, а дозволено може бути лише те, що необхідно для захисту прав і свобод приватних осіб¹. Причому встановлені для приватних осіб заборони та обмеження, у тому числі й ті, що впливають із наданих державним органам і посадовим особам публічно-владних повноважень, тобто існуючого публічного порядку, повинні бути співмірні необхідності захисту прав інших осіб [див.: 37; 38].

Інституційна організація державної влади в умовах представницького правління базується на принципах демократії і поділу влади, які є похідними від верховенства права, точніше, повинні інтерпретуватися в контексті заданих ним вимог, тобто як гарантії індивідуальної свободи.

Тоді демократія, по суті, отожднюється із сукупністю прав, які гарантують можливість участі у здійсненні державної влади (що утворюють *status actives* за Г. Єллінеком [39; 40, с. 408–409]). Отже, демократія наявна там, де всі громадяни мають досить широкі (такі, що забезпечують похідний характер державної влади від народу і її залежність від народного волевиявлення) і формально рівні права на участь у реалізації публічно-владних повноважень (обирати і бути обраним, на доступ до державної служби, на участь у референдумі і т. ін.), а також особисті свободи (слова, друку, зборів, союзів тощо), що дозволяють впливати на їх здійснення. «Демократія означає формальну рівність вільних учасників політичного спілкування» [41, с. 83]. Вона припускає, що «усе, що стосується народу, є політично рівноправним; усі повинні володіти рівними можливостями, добиватися визнання, не порушуючи положень конституції, і, якщо їм це вдається, в парламенті і уряді — здійснювати державну владу» [1, с. 73]. Таким чином, народний суверенітет в умовах демократичного представницького правління означає, що державність у цілому і здійснення будь-яких публічно-владних повноважень є результатом реалізації громадянами свого *status actives*. Гарантування громадянам рівних шансів участі у владі забезпечує дієву охорону свободи політичного процесу, зменшуючи небезпеку зловживання владою, та індивідуальної свободи, «яка як реальна свобода є не тільки питанням прав громадян на захист від посягання держави, а й передусім питанням конституювання та обмеження державної влади» [1, с. 85].

Усі інші, часто згадувані аспекти демократії [42, с. 411; 43, с. 14–37; 1, с. 71–88], тією мірою, якою вони сумісні з формально рівною повагою свободи кожного члена політичної спільноти, присутні у запропонованому їй розумінні. Так, демократія передбачає прийняття політичних рішень на підставі волевиявлення більшості громадян, що є прямим наслідком формальної рівності їхніх правових можливостей участі у владі. При цьому воля більшості, як і реалізація будь-якого права, обмежена необхідністю поважати права інших членів політичної спільноти, що утворює гарантії прав меншин у політичному процесі, а також політичного (в тому числі ідеологічного) плюралізму, перешкоджає монополізації політичної влади (забезпечує можливість періодичної зміни біль-

¹ У класичній англійській доктрині *rule of law* ці два принципи не відокремлені один від одного. Згідно з А. Дайсі, будь-які особи вільні говорити і робити все, що право не забороняє. Права людини розглядалися просто як «залишкова свобода». Таке трактування прав людини є незадовільним і неповним і не забезпечує їх належного захисту. Адже відповідно до нього влада користується тією самою «залишковою свободою», що й приватні особи [21, с. 36–37].

шості). Одночасно повага прав людини визначає і межі захисту інтересів меншості, і рамки політичного плюралізму, і допустимі альтернативи політичного розвитку нації. У разі суперечності будь-якої з названих складових демократії верховенству права пріоритет повинен бути відданий останньому. Можна сказати, що внутрішні (іманентні) межі демократії полягають у тому, що в ній є неотторканими основи правової держави [44, с. 77–78].

Таким чином, демократія — не самоціль і не самоцінність. Самоцінністю є індивідуальна свобода, а демократія виступає лише способом інституціоналізації публічної влади, що забезпечує її здійснення найбільш безпечним для свободи громадян чином. Невипадково у концепції суб'єктивних публічних прав Г. Єллінека *status activus* поряд зі *status positivus* являють собою домагання, спрямовані на охорону *status negativus*, — сфери індивідуальної свободи приватних осіб [39; 40, с. 408–409]. Уже Арістотель називав свободу «основним початком демократичного ладу», оскільки «тільки при цьому державному устрої всі користуються свободою». Причому свобода трактувалася ним цілком сучасним способом — «жити так, як кожному хочеться», наслідком чого є «прагнення не бути взагалі у підпорядкуванні — найкраще ні у кого, якщо ж цього досягти не можна, то принаймні хоча б по черзі» («Політика», 1317b–1318a). Інакше кажучи, характерна для демократії загальна і рівна участь в управлінні є лише способом «не бути в підпорядкуванні» (наскільки це можливо), для того щоб «жити як хочеться».

Однак існують і концепції демократії, які абсолютизують загальну участь в управлінні і прагнуть забезпечити громадянам для цього не тільки формально, а й фактично рівні можливості [5, с. 425–474]. Досягається це за рахунок обмеження індивідуальної свободи і автономії (самоорганізації) громадянського суспільства: державного регулювання виробничих і фінансових ринків, стримування політичної активності найбільш впливових соціальних груп (професійних, демографічних, релігійних тощо) та соціальної підтримки незахищених верств населення з метою їх залучення в політику. У підсумку вихолощується не тільки мета демократії — індивідуальна свобода, а й її власне інструментальна складова, оскільки участь громадян в управлінні виявляється надмірно зарегульованою, вона нормується і організовується державним апаратом (бюрократією)¹, щоб домогтися горезвісної фактичної рівності можливостей для всіх і рівного врахування думки всіх. Показово, що Д. Хелд називає таку відстоювану ним модель «ліберальним соціалізмом» [5, с. 460], забуваючи про історично доведену несумісність цих понять.

Разом з тим демократія є єдиною можливою формою держави як правової організації публічної політичної влади. У цьому сенсі демократія становить «справжню форму держави» [41, с. 78] або «державу в справжньому сенсі» [45, с. 94]. «Усі інші державні форми є тією чи іншою мірою збоченням держави, її похідного характеру від народного суверенітету» [41, с. 78]. Свобода «може бути дієвою лише завдяки зусиллям народу і ніколи не може бути збережена без його участі; тому демократія є основною умовою свободи, навіть якщо вона має свою ціну і містить елемент ризику для соціального організму, що прагне до

¹ Аж до формування певних державних органів (чомусь судових) на підставі «статистично-репрезентативної» вибірки, що забезпечує представництво різних груп населення за такими ключовими критеріями, як стать, вік, раса і т. ін. [5, с. 457, 463–464].

вільного самовизначення, і для розвитку людської особистості, все одно немає інших уявних альтернатив» [1, с. 89–90].

Сенс поділу влади, як принципу організації державного апарату і відправлення наданих йому публічно-владних повноважень, не може зводитися просто до розподілу праці з управління державою [46, с. 8]. Не вичерпується він і досягненням компромісу між різними класами в конкретно-історичних умовах боротьби буржуазії за політичне панування, як це вважали класики марксизму. Власне правове (відповідне принципу верховенства права) обґрунтування поділу влади дано Ш. Л. Монтеск'є. Три гілки влади опосередковують об'єктивно необхідні (і достатні) для захисту свободи у суспільстві публічно-владні функції, які ввіряються державі: встановлення загальнообов'язкових правил поведінки; забезпечення (за необхідності з використанням примусу) їх виконання; вирішення спорів про право («зіткнень приватних осіб») [47, с. 138]. «Але відомо вже з досвіду століть, що всяка людина, що володіє владою, схильна зловживати нею, і вона йде у цьому напрямі, доки не досягне покладеної їй межі. Але межі — хто б це міг подумати! — Потребує і сама добродетель. Щоб не було можливості зловживати владою, необхідний такий порядок речей, за якого різні гілки влади могли б взаємно стримувати одна одну» [47, с. 137]. Бо «якщо влада законодавча і виконавча будуть поєднані в одній особі чи установі, то свободи не буде, тому що можна побоюватися, що цей монарх або сенат стане створювати тиранічні закони для того, щоб так само тиранічно застосовувати їх. Не буде свободи і у тому випадку, якщо судова влада не відокремлена від влади законодавчої і виконавчої. Якщо вона сполучена із законодавчою владою, то життя і свобода громадян виявляться у владі сваволі, бо суддя буде законодавцем. Якщо судова влада сполучена з виконавчою, то суддя отримає можливість стати пригноблювачем. Усе загинуло б, якби в тій самій особі або установі, утвореній із сановників, дворян або простих людей, були з'єднані ці три влади: влада створювати закони, влада виконувати постанови загальнодержавного характеру і влада судити злочини або тяжби приватних осіб» [49, с. 138–139]¹.

Таким чином, мета поділу влади — захист свободи у суспільстві². Для цього повноваження, що складають зазначені публічні функції, мають бути «розведені» по відокремлених системах органів, кожна з яких (відповідних влад), крім здійснення власної функції, наділяється і повноваженнями з певного втручання у діяльність інших влад, їх контролю та стримуванню («система стримувань і противаг»), з тим щоб не допустити зловживання владою [21, с. 39], але не може їх підміняти (привласнювати собі їх прерогативи). При цьому повноваження влад повинні бути збалансовані, а їх ієрархічна підпорядкованість виключається.

Існує лише три види влади у державі, оскільки ухваленням законів, їх виконанням і правосуддям вичерпується набір необхідних для захисту свободи публічно-владних функцій. Усі інші іноді виокремлювані «гілки влади» або

¹ Вельми показово, що доктрина поділу влади розроблялася Ш. Л. Монтеск'є з метою зміцнення престижу дворянства і була піднята на щит у період Французької революції як головний принцип, покликаний затвердити владу буржуазії [2, с. 156]. Це підтверджує її надкласовий, власне юридичний характер.

² «Насправді принцип поділу влади є не чим іншим, як інструментом політичного лібералізму, який використовувався і буде використовуватися доки існують ліберальні політичні режими. Можна навіть стверджувати, що ця інституційна формула становить одну з фундаментальних правових норм політичного лібералізму, оскільки його ідеалом є максимальне обмеження влади» [2, с. 158–159].

входять до однієї з трьох зазначених, або підносяться над ними на порушення самого принципу поділу влади, або взагалі не реалізують повноваження державної влади.

Так, «четверта влада» засобів масової інформації [48, с. 112–113] не сполучена з наявністю у них якихось публічно-владних повноважень; це лише образний вислів для позначення того впливу, який засоби масової інформації, як елемент громадянського суспільства, здатні чинити на дії кожної з трьох державних влад.

Виборчою (електоральною) владою [49] називають реалізацію громадянами свого *status actives* (точніше, активного виборчого права, що до нього входить), у процесі чого відбувається формування персонального складу певних державних органів, які потім і будуть здійснювати публічно-владні повноваження, що належать одній із трьох гілок влади. Діяльність виборчих комісій і аналогічних їм органів з організації та проведення виборів¹ становить реалізацію повноважень виконавчої влади.

Так звана контрольна влада [51, с. 439–458]² припускає найрізноманітніші повноваження, які або розподіляються між трьома гілками влади (парламентський контроль, включаючи діяльність уповноваженого з прав людини і рахункової палати; прокурорський нагляд, що належить до сфери виконавчої влади; судовий, у тому числі конституційний, контроль), або концентруються в органі, наділеному прерогативою всеосяжного контролю над усіма гілками влади, що руйнує саму систему поділу влади.

Це стосується і президентської [48, с. 111–112] (арбітражної³) влади. Президент або очолює виконавчу владу, або володіє лише номінальними повноваженнями (уособлює єдність нації, представляє країну на міжнародній арені тощо)⁴. Тому діяльність президента щодо забезпечення, наприклад, узгодженого функціонування та взаємодії органів державної влади (ч. 2 ст. 80 Конституції РФ), у тому числі використання погоджувальних процедур для вирішення розбіжностей між органами державної влади Російської Федерації і органами державної влади суб'єктів Російської Федерації, а також між органами державної влади суб'єктів Російської Федерації (ч. 1 ст. 85 Конституції РФ) може спиратися лише на його моральний авторитет. Якщо ж для цього президент наділяється реальними публічно-владними повноваженнями, то про поділ влади говорити не доводиться.

У жодній з країн поділ влади не здійснено в чистому вигляді, відокремлення відповідних систем органів і осіб, що їх персоніфікують, не є повним, а їх повноваження не урівноважені з аптекарською точністю. «Щоб утворити помірковане правління, — писав Ш. Л. Монтеск'є, — треба вміти комбінувати влади, регулювати їх, стримувати, приводити їх у дію, додавати, так би мовити, баласту одній, щоб вона могла врівноважувати іншу; це такий шедевр законодавства, який

¹ Саме щодо таких органів і здійснюваної ними діяльності термін «виборча (електоральна) влада» використовується, наприклад, у Конституції Венесуели (ст. 136, гл. V) [50].

² У Конституції Венесуели аналогічна влада названа громадянською (гл. IV).

³ Згідно з Конституцією Франції, Президент забезпечує своїм арбітражем нормальне функціонування публічних властей, а також спадкоємність держави (ст. 5).

⁴ У парламентській республіці президент може володіти деякими реальними публічно-владними повноваженнями (що не підлягають контрасигнатурі), які також знаходяться у сфері виконавчої влади.

рідко вдається виконати випадку і який рідко дозволяють виконати розсудливості» [47, с. 63]. Але саме поділ влади разом із демократією виступають інституційними гарантіями як народовладдя, так і індивідуальної свободи в умовах представницького правління.

Проблема народовладдя (забезпечення та реалізації народного (національного) суверенітету) традиційно розглядалася як така, що вирішується у рамках конкретної держави. Проте сьогодні жодна держава (національна спільнота) вже не може діяти повністю автономно і самостійно. Низка процесів економічного, фінансового, екологічного, соціального, політичного, військового характеру, що впливають на життя населення, знаходяться поза межами контролю національних держав. Глобалізація, серед іншого, «означає зсув у просторовій формі організації і діяльності людини у напрямі трансконтинентальних і міжрегіональних моделей діяльності, взаємодії та здійснення влади» [5, с. 481]. Разом з тим не доводиться говорити і про формування єдиного (відносно єдиного) глобального (або навіть регіонального) політичного співтовариства. Сучасний світ є складним конгломератом національних держав, наднаціональних та міжнародних утворень, що знаходяться у дуже складних і різноманітних відносинах взаємодії та взаємозалежності.

Держави усе частіше і більше передають свої публічно-владні повноваження на наднаціональний рівень, а їх здійснення відповідними наднаціональними інститутами далеко не завжди буває обтяжене необхідними правовими обмеженнями, властивими внутрішньодержавним системам розподілу влади і демократичного представництва¹. Глобалізація публічно-владних повноважень не синхронізована з процесами формування глобального громадянського суспільства, яке здатне ефективно ставити межі їх здійсненню. У цих умовах проекти «космополітичної демократії», що припускають формування транснаціональних (глобальних) демократичних інститутів [5, с. 498–510], виглядають вельми утопічними. Розвиток міжнародної інтеграції та наднаціонального регулювання з неминучістю веде до обмеження демократії (народовладдя), роблячи представницьке правління ще більш опосередкованим (відчуженим від громадян), оскільки повноваження наднаціональних інститутів є похідними від відповідних держав-учасників, що передали їм ці повноваження на певних умовах.

Дієвою гарантією народовладдя залишається лише верховенство права, інституціоналізоване у вигляді міжнародних актів, спрямованих на захист прав людини. Ці акти розглядаються сьогодні як «загальна конституційна концепція», яка покликана забезпечити демократичне правління, верховенство права, захист рівної гідності і прагнення до самореалізації усіх людей, і тому має пріоритет щодо історичної спадщини і соціальних умов будь-якої конкретної держави (нації) [56, с. 15]. Саме вони лежать в основі формування принципово єдиного правопорядку, що знаходить своє втілення у різноманітні політико-владних рішення національних держав, наднаціональних та міжнародних інституцій, який поступово зазнає еволюційних змін, але зберігає незмінною свою правову сутність.

¹ Ця обставина викликає занепокоєння ряду держав — членів Європейського Союзу і, зокрема, була предметом розгляду їх органів конституційного контролю, куди були направлені запити щодо відповідності положень Лісабонського договору [52] принципам суверенної, демократичної, конституційної держави, що закріплюється національними конституціями [53–55].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ / К. Хессе. — М., 1981.
2. Гунель М. Введение в публичное право. Институты — Основы — Источники / М. Гунель. — М., 1995.
3. Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре / Ж. Ж. Руссо // Трактаты. — М., 2000.
4. Даль Р. Демократия и ее критики / Р. Даль. — М., 2003.
5. Хелд Д. Модели демократии. — 3-е изд. / Д. Хелд. — М., 2014.
6. Констан Б. О свободе у древних в ее сравнении со свободой у современных людей / Б. Констан // Политические исследования (Полис). — 1993. — № 2. — С. 97–106.
7. Tracy Destutt de. A Commentary and Review of Montesquieu's Spirit of Law. — Philadelphia, 1811.
8. Sabine G. A. History of Political Theory / G. A. Sabine. — 3d. ed. — New York, 1964.
9. Локк Дж. Избранные философские произведения : в 2 т. — Т. 2 / Дж. Локк. — М., 1960.
10. Милль Дж. Ст. Рассуждения о представительном правлении / Дж. Ст. Милль. — Челябинск, 2006.
11. Сийес Э. Ж. Что такое Третье сословие? / Э. Ж. Сийес. — СПб., 1905.
12. Варламова Н. В. Третье поколение прав человека как форма юридикации отношений между социальными общностями (ч. 1) / Н. В. Варламова // История государства и права. — 2009. — № 14. — С. 46–48.
13. Варламова Н. В. Третье поколение прав человека как форма юридикации отношений между социальными общностями (ч. 2) / Н. В. Варламова // История государства и права. — 2009. — № 15. — С. 44–47.
14. Варламова Н. В. Третье поколение прав человека как форма юридикации отношений между социальными общностями (ч. 3) / Н. В. Варламова // История государства и права. — 2009. — № 16. — С. 41–44.
15. Маринович Л. П. Античная и современная демократия: новые подходы / Л. П. Маринович. — М., 2001.
16. Тырсенко А. В. Аббат Э.-Ж. Сийес (1748 — 1836). У истоков французской либеральной идеологии / А. В. Тырсенко // Новая и новейшая история. — 1998. — № 6. — С. 88–111.
17. Capitant R. Démocratie et participation politique / R. Capitant. — Paris, Bordas, 1972.
18. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — Вып. III / Г. Ф. Шершеневич. — М., 1912.
19. Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть / Н. М. Коркунов. — 7-е изд. — СПб., 1909.
20. Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции / А. В. Дайси. — М., 1907.
21. English Public Law / Ed. by D. Feldman. — Oxford, 2004.
22. Raz J. The rule of Law and its Virtue / J. Raz // Law Quarterly Review. — 1977. — Vol. 93. — P. 195–96.
23. De Smith S. A. Constitutional and Administrative Law / De Smith S. A. — London, 1971.
24. Allan T. R. S. The rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism / Allan T. R. S. // Law Quarterly Review. — 1999. — Vol.115. — P. 221–244.
25. Allan T. R. S. Constitutional Justice: a Liberal Theory of the Rule of Law / Allan T. R. S. — Oxford, 2001.
26. Craig P. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework / P. Craig // Public Law. — 1997. — Aut. — P. 467–487.

27. *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Pierson* [1998] AC 539, 575, HL.
28. *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Venables* [1998] AC 407, 526, HL.
29. *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Simms* [1999] 3All ER 400, 407 – 408, HL.
30. *R v Horseferry Road Magistrates' Court, ex p Bennett* [1994] AC 42.
31. *Cozens v Brutus* [1973] AC 854 HL; *DPP v Jones* [1999] 2 AC 240, HL.
32. *Raymond v Honey* [1983] 1 AC 1, HL.
33. *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Leech (No. 2)* [1994] QB 198, CA.
34. *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40, HL.
35. *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Simms* [2000] 2 AC 115, 131 per Lord Hoffmann.
36. *R (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2002] EWCA Civ 297; [2002] 2 All ER 756, 773 per Laws LJ.
37. Варламова Н. В. Принцип пропорциональности в современной конституционно-правовой доктрине и практике / Н. В. Варламова // Современный конституционализм: Теория, доктрина и практика : сб. науч. тр. / отв. ред. Е. В. Алферова, И. А. Умнова. – М., 2013. – С. 65–76.
38. Варламова Н. В. Принцип пропорциональности как основа осуществления публично-властных полномочий / Н. В. Варламова // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д. В. Дождева / отв. ред. А. М. Ширвиндт. – М., 2014. – С. 4–30.
39. *Jellinek G. Das System der subjektiven öffentlichen Rechte* / G. Jellinek. – 2. Aufl. – Tübingen, 1905.
40. *Еллинек Г. Общее учение о государстве* / Г. Еллинек. – СПб., 2004.
41. Четвернин В. А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию / В. А. Четвернин. – М., 1993.
42. Гурвич Г. Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права / Г. Д. Гурвич // Гурвич Г. Д. Философия и социология права: Избранные сочинения. – СПб., 2004.
43. *Как измерить и сравнить уровни демократического развития в разных странах (По материалам исследовательского проекта «Политический атлас современности»)* / Мельвиль А. Ю. и др. – М., 2008.
44. *Maunz Th. S. Deutsches Staatsrecht* / Th. S. Maunz. – München, 1980.
45. *Pernthaler P. Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre* / P. Pernthaler. – Wien; N.Y., 1986.
46. Манов Г. Н. Социалистическое правовое государство: проблемы и перспективы / Г. Н. Манов // Сов. государство и право. – 1989. – № 6. – С. 3–10.
47. *Монтескье Ш. Л. О духе законов* / Ш. Л. Монтескье. – М., 1999.
48. Венгеров А. Б. Теория государства и права: учеб. для юрид. вузов / А. Б. Венгеров. – 3-е изд. – М., 2000. – С. 112–113.
49. Автономов А. С. Избирательная власть / А. С. Автономов. – М., 2002.
50. *Конституция Боливарианской Республики Венесуэла от 30 декабря 1999 г.* // Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3 : Южная Америка. – М., 2006. – С. 309–410.
51. Чиркин В. А. Государствоведение: учебник для магистратуры по направлению «Юриспруденция» / В. А. Чиркин. – М. ; Воронеж, 2012.
52. *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007* // Official Journal of the European Union. 2007. 17 December 2007. Vol. 50. C 306/01. P. 1–230.

53. *Constitutional* Court of the Czech Republic. Decision 2008/11/26- Pl. ÚS 19/08: Treaty of Lisbon I URL: www.concourt.cz/view/pl.19-08 (дата звернення: 16 травня 2014 р.).
54. *Constitutional* Court of the Czech Republic. Decision 2009/11/03- Pl. ÚS 29/09: Treaty of Lisbon II URL: www.concourt.cz/view/pl.29-09 (дата звернення: 16 травня 2014 р.).
55. *BVerfG*, 2 BvE 2/08 vom 30.6. 2009 URL: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html (дата звернення: 16 травня 2014 р.).
56. *Weinrib L. E. Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism / L. E. Weinrib // Defining the Field of Comparative Constitutional Law / Ed. by V. C. Jackson, M. Tushnet. – Westport, 2002.*

Варламова Н. В. Народний (національний) суверенітет і верховенство права

Анотація. У сучасних умовах принцип народного (національного) суверенітету реалізується насамперед у системі представницького правління. Представницький характер правління обумовлює, що публічно-владні повноваження, якими володіють органи державної влади, виникають, у кінцевому підсумку, з акту народного волевиявлення, встановлюються конституцією або законом з метою здійснення суворо визначених функцій і виражаються у сукупності обов'язків з їх реалізації, часто допускають ту чи іншу міру дискреції (розсуду) відповідного органу або особи. Представницьке правління здійснюється в умовах верховенства права, що розуміється як верховенство прав людини. Інституційна організація державної влади базується на принципах демократії і поділу влади, сенс яких похідний від принципу верховенства права, тобто вони розглядаються як гарантії індивідуальної свободи.

Ключові слова: народний суверенітет, національний суверенітет, представницьке правління, верховенство права, права і свободи людини, демократія, поділ влади.

Варламова Н. В. Народный (национальный) суверенитет и верховенство права

Аннотация. В современных условиях принцип народного (национального) суверенитета реализуется прежде всего в системе представительного правления. Представительный характер правления предполагает, что публично-властные полномочия, которыми обладают органы государственной власти, проистекают, в конечном счете, из акта народного волеизъявления, возлагаются конституцией или законом в целях осуществления строго определенных функций и выражаются в совокупности обязанностей по их реализации, часто допускающих ту или иную меру дискреции (усмотрения) соответствующего органа или лица. Представительное правление осуществляется в условиях верховенства права, понимаемого как верховенство прав человека. Институциональная организация государственной власти базируется на принципах демократии и разделения властей, смысл которых произведен от принципа верховенства права, то есть они рассматриваются как гарантии индивидуальной свободы.

Ключевые слова: народный суверенитет, национальный суверенитет, представительное правление, верховенство права, права и свободы человека, демократия, разделение властей.

Varlamova N. People (National) Sovereignty and the Rule of Law

Summary. In modern conditions the principle of popular (national) sovereignty is implemented mainly in the system of representative government. The representative

nature of the government entails that the public powers of authority which is held by bodies of state authority, eventually arises from the act of the people's will, are assigned by the constitution or the law for continuation of certain functions and reflected in the set of responsibilities to their realization, often engaging any measure of discretion of the relevant body or person. The representative government operates in conformity with the rule of law, understood as the supremacy of human rights. The institutional organization of state power hinges on the principles of democracy and the separation of powers, in this way, they are regarded as a guarantee of individual freedom.

Key words: people sovereignty, national sovereignty, representative government, the rule of law, human rights and freedom, democracy, separation of powers.

АНАЛОГІЯ У ПРАВІ

С. ПОГРЕБНЯК
доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)



Юридичну аргументацію важко уявити без *argumentum a simili ad simile*, тобто висновку від подібного до подібного, в основі якого лежить логічний прийом аналогії.

Аналогія (від грец. *analogia* — відповідність, схожість) — це подібність, схожість предметів у якихось властивостях, ознаках чи відносинах, причому таких предметів, які в цілому є різними. Завдяки умовиводу за аналогією досягається знання про ознаки одного предмета на основі знання того, що цей предмет має схожість з іншими предметами [1, с. 36–37]. Слід зазначити, що спочатку грецький термін «аналогія» передавався латинським *proportio*. У цьому випадку йшлося про математичне відношення між величинами чи, точніше, про еквівалентність двох відношень з огляду на спільний коефіцієнт пропорційності. Однак на таке значення («відношення між відношеннями») досить швидко нашаровується інше, а саме «схожості між відношеннями» [2, с. 276], яке розглядається сьогодні як основне.

Важливе значення аналогії для правового регулювання зумовлено тим, що її застосування є *прототипом застосування принципу рівності*, який є особливо значущим для права. Використання аналогії побудовано на уявленні про внутрішню послідовність права і на презумпції послідовності законодавця: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* [3, с. 342, 348]. Те, що є рівним або в суттєвому є рівним, мусить юридично рівно трактуватися [4, с. 129].

Аналогія спирається на *схожість, подібність відносин* (їхнього фактичного складу). Саме це і дає підстави після їх порівняння для висновку про необхідність використання при їх правовій регламентації однакового правила. Інакше кажучи, уже ті спільні (загальні для аналогічних ситуацій) ознаки мають виправдовувати застосування однакового правового наслідку. Допустимість висновку за аналогією є тим більшою, що більше є в наявності суттєвих властивостей, які є спільними в цих випадках і що несуттєвішими є властивості, в яких вони розрізняються [4, с. 129]. Крім зовнішньої подібності, для застосування

аналогії також необхідна констатація, що ці випадки є ціннісно рівними. Якщо вони мають рівну основу інтересів та цінностей, яка є основою для правового регулювання, то потрібно їх також і рівно оцінювати. Спільна основа цінностей є *tertium comparationis*, через яке роблять висновок від подібного до подібного [4, с. 130].

Водночас визнається, що деякі розбіжності об'єктів, що порівнюються, не повинні вплинути на сутність справи; суддя має фактично закрити очі на ті обставини реальних ситуацій, які не є суттєвими для їх вирішення, хоча вони, у свою чергу, значно між собою розрізняються [5, с. 102, 113]. У такому випадку ті відмінні обставини мають бути «винесені за дужки» як незначні, несуттєві; лише спільні ознаки повинні бути визнані як необхідні передумови для виникнення зобов'язання. Це принципова схема висновку за аналогією [5, с. 101]. При цьому правомірність і надійність висновків залежатиме від того, наскільки коректно виявилася операція порівняння і які саме ознаки були визнані відповідно суттєвими і несуттєвими [6, с. 303].

Висновок за аналогією використовується у праві в двох формах: як аналогія *intra legem* і як аналогія *praetem legem*.

Аналогія *intra legem* є висновком за аналогією в рамках та всередині наданих в окремих нормах права можливостей. Вона означає висновок від виразно врегульованих випадків до випадку, який лише натякається законодавцем у нормі такими позначеннями, як: «в інший спосіб», «особливо», на «інший вид», «або інших особливо низменних мотивів», «в інший неприпустимий вид» тощо [4, с. 130].

У літературі стверджується, що аналогія *intra legem* стосується так званих «внутрішніх прогалін», свідомо залишених законодавцем. Йдеться про прогалини, які обмежено можливостями всередині меж окремих норм права. Уже сама норма права мусить містити масштаб або масштаби, як повинен робитися висновок за аналогією. Аналогія *intra legem* поширюється тільки на радіус дії окремої норми права. Це принципово відрізняє її від аналогії закону, коли суб'єкт застосування має вийти за межі мовного значення норми права. При аналогії *intra legem*, навпаки, залишаються в межах норми права і всередині цих меж мусять знайти також оцінюючий критерій (*tertium comparationis*), який робить допустимим висновок за аналогією [4, с. 131].

У свою чергу, **аналогія *praetem legem*** використовується для подолання прогалін у законодавстві, тобто повної або часткової відсутності законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин, що потребують правового регулювання [7, с. 148]. Прогалина є «незапланованою неповнотою» нормативно-правових приписів, необхідних для вирішення конкретного випадку. Інакше кажучи, йдеться про нестачу для вирішення існуючої проблеми такого нормативного припису, який за сенсом його тексту (навіть при найбільш широкому трактуванні) підлягав би застосуванню в цьому конкретному випадку [8, с. 30; 9, с. 197].

З цією метою зазвичай використовують такі засоби, як аналогія закону (*analogia legis*) й аналогія права (*analogia iuris*). Відмінність між ними вперше була проведена у XVIII ст. криміналістом Гролманом [3, с. 341].

Можливість застосування норм за аналогією *прямо* передбачена в окремих законодавчих актах (наприклад, у Цивільному, Сімейному, Цивільному процесуальному кодексах і Кодексі адміністративного судочинства). Крім того, мож-

лівість застосування аналогії може передбачатися в *непрямій* формі — через заборону відмови у розгляді справи з мотивів *неповноти*, неясності, суперечливості чи *відсутності законодавства*, яке регулює спірні відносини (див., наприклад, ч. 7 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України)¹. Особлива формула, яка легалізує лише аналогію права, використана в ч. 6 ст. 9 Кримінального процесуального кодексу України: «у випадках, коли положення цього Кодексу *не регулюють* або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються *загальні засади кримінального провадження*, визначені частиною першою статті 7 цього Кодексу» [10].

На нашу думку, аналогія цілком виправдана також в інших галузях права, що дає нам право стверджувати про існування **презумпції припустимості аналогії**: подолання прогалини шляхом застосування аналогії можливо, якщо не доведено існування непереборної прогалини.

Так, за аналогією не можуть застосовуватися норми публічного права, що спрямовані на *обмеження прав і свобод громадян* з метою охорони громадського порядку і безпеки. Це пояснюється тим, що фундаментальний *принцип правової визначеності* набуває в цьому випадку особливо високої ціни, гарантуючи захист правових благ індивідів від свавільного втручання державної влади [11, с. 197]. Цей висновок повністю узгоджується із положеннями ч. 1 ст. 19 Конституції України, згідно з якими «правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» [12].

Класичним прикладом тут є *заборона аналогії в кримінальному праві*, унаслідок чого склади злочинів не можуть встановлюватися лише шляхом судження за аналогією або іншого доповнення норм права (принцип «*nulla poena sine lege*»). Так, застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України. У *непрямій* формі заборону аналогії містить також ч. 1 ст. 7 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

До речі, єдиний виняток із принципу «ніякого покарання без закону» міститься в п. 2 ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, згідно з яким цей принцип «не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» [13]. Цей припис був включений у Конвенцію з метою «лікування хвороб» антидемократичних режимів, покарання «посиленої державою злочинності» [14, с. 45] і є надзвичайно важливим прикладом безпосереднього застосування принципів права.

Із ч. 2 ст. 19 Конституції України впливає *заборона визначення за аналогією* додаткових до встановлених Конституцією та законами *повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб*, а також

¹ Звертаємо увагу на те, що з незрозумілих причин Законом України від 13 травня 1997 р. «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України» із тексту ст. 4 ГПК було виключено норму про застосування господарськими судами аналогії закону та аналогії права. Проте, на думку О. Беяневич, її відсутність не може бути перешкодою для використання інституту аналогії як інтелектуальної операції в процесі судового пізнання та винесення рішення по справі [6, с. 308].

підстав та способів їх дій. У всіх цих випадках вважається, що відносини врегульовані правом, проте лише з негативного боку [15, с. 163].

Наприклад, у п. 3 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 зазначається, що норма пункту 4 частини першої статті 12 ГПК, яка встановлює повноваження господарського суду щодо розгляду певної категорії справ¹, в силу її імперативного характеру не підлягає застосуванню за аналогією щодо спорів, пов'язаних із діяльністю інших суб'єктів господарювання [16].

Крім того, застосування аналогії виключається, коли закон **свідомо** поширює свої приписи **лише на прямо передбачені ним випадки**, що є доказом того, що цей припис не має сили щодо інших випадків (так званий «*argumentum a contrario*» — висновок від протилежного) [17, с. 53]. Цей аргумент означає, що визначений правовий наслідок діє тільки для такої обставини справи, яка чітко підпадає під дію норми права. В іншому випадку робиться висновок, що для такого випадку ця норма не діє. Наприклад, коли правовий припис визначає, що чоловіки після досягнення визначеного віку мусять відбутися військовою службою, з цього роблять висновок, що цей обов'язок не діє для жінок. У п. 27 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 також зазначається, що процедура виходу учасника з товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, повного і командитного товариства (статті 126, 148 ЦК України, статті 54, 71 Закону «Про господарські товариства») не може бути застосована до акціонерного товариства [16].

Аналогію закону (*analogia legis*) зазвичай визначають як вирішення справи (за наявності прогалини в законодавстві) на основі юридичної норми, що регулює найбільш подібні («аналогічні») суспільні відносини [18, с. 179]. На підставі застосування аналогії закону розширюються межі регулюючого впливу норми. Унаслідок цього норма стає такою, що має два предмети регулювання: 1) визначений законодавцем; 2) визначений юридичною практикою застосування норми за аналогією й у субсидіарному порядку [19, с. 417].

Так, у п. 31 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 зазначається, що у випадку продажу учасником товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю своєї частки з порушенням переважного права покупки інших учасників пропонується по аналогії застосовувати норму ч. 4 ст. 362 ЦК України, яка дозволяє співвласникові пред'явлення позову до суду про переведення на нього прав та обов'язків покупця при порушенні права купівлі переважної частки у праві спільної часткової власності. Ця ж Постанова дозволяє при вирішенні спорів, пов'язаних зі скликанням та проведенням наглядової ради товариства, застосовувати за аналогією закону норми щодо загальних зборів товариства (п. 39), а при скликанні та визначенні кворуму в засіданні колегіального виконавчого органу товариства — законодавчі положення, присвячені загальним зборам (п. 40) [16].

Окремим випадком аналогії закону є *субсидіарне застосування* норм права, або *міжгалузєва аналогія*. Вона передбачає застосування до конкретних відно-

¹ Норма передбачає, що господарським судам підвідомчі справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів.

син нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних галузях.

Прикладом міжгалузевої аналогії може бути визначення в конституційному праві порядку обчислення строків для всіх органів влади за аналогією з порядком, що встановлений ЦПК України. Саме тому в конституційному праві, коли строки визначаються днями, то їх обчислюють з дня, наступного після того дня, з якого починається строк. Якщо ж закінчення строку припадає на неробочий день, то за останній день строку вважається перший після нього робочий день (див. рішення Конституційного Суду України від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 у справі щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України [20] та від 19 травня 2004 р. № 11-рп/2004 у справі про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України [21]).

У деяких випадках законодавство може *прямо дозволяти або забороняти міжгалузеву аналогію*. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 9 ЦК України «положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства» [22]. Водночас ч. 2 ст. 1 ЦК України за загальним правилом забороняє застосування цивільного законодавства «до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин» [22].

У свою чергу, ч. 1 ст. 4 Господарського кодексу України забороняє застосування положень Кодексу до певних видів відносин, тоді як ч. 3 цієї статті зазначає, що «до господарських відносин, що виникають із торговельного мореплавства і не врегульовані Кодексом торговельного мореплавства України, застосовуються правила цього Кодексу» [23].

Аналогію права (*analogia iuris*) розуміють як застосування щодо суспільних відносин, не регламентованих у правовому порядку безпосередньо, загальних принципів національної чи міжнародної систем права [24, с. 105], або як вирішення справи (за наявності прогалини й за відсутності «аналогічної» юридичної норми) на основі загальних або галузевих принципів права [18, с. 179].

Цікаво, що на законодавчому рівні існують *кілька підходів* до визначення аналогії права. Так, деякі кодекси пов'язують аналогію права з регулюванням відносин відповідно до *загальних засад певної галузі* законодавства (див. ч. 2 ст. 8 ЦК України і ч. 2 ст. 10 СК України). Водночас ЦПК України пропонує виходити із *загальних засад законодавства* (ч. 8 ст. 8), КПК України — із *загальних засад кримінального провадження* (ч. 6 ст. 9), а КАС — із конституційних принципів і *загальних засад права* (ч. 7 ст. 9).

На нашу думку, більш обґрунтованим є підхід, що знайшов своє відображення в ЦК України і СК України. Підтвердження цьому можна знайти, вивчаючи досвід подолання прогалин в інших національних правових системах. Так, німецькі й австрійські правознавці розрізняють такі засоби подолання прогалин, як окрему аналогію та загальну аналогію. Окрема аналогія (аналогія закону) має місце, якщо для подолання прогалини використовується один припис закону. Підставою для її застосування є ситуація, за якої мета певного припису однозначно «підходить» до юридично аналогічного (схожого) випадку, який, проте, текстуально не охоплюється цією нормою. Загальна аналогія, або аналогія права, полягає в тому, що правозастосовний орган для подолання прогалини

залучає правову ідею, яка є загальною (спільною) для кількох правових приписів. У цьому випадку зі змісту низки норм закону виокремлюється загальна основна думка (ідея), яка й підлягає застосуванню до схожого (аналогічного) випадку, що безпосередньо не врегульований жодною нормою законодавства. На відміну від окремої аналогії в ситуації із загальною аналогією жодна конкретна норма права не «підходить» до певного випадку, проте загальна підстава низки пов'язаних законодавчих норм вельми успішно поглинає такий випадок [9, с. 199]. У цій ситуації кілька приписів закону співвідносяться з випадком, що розглядається, за його сенсом, його «*ratio decidendi*» («підставою рішення»). На нашу думку, подібною основною ідеєю, загальною підставою можуть також виступати принципи інститутів, підгалузей і галузей права.

Прикладом застосування аналогії права в такому розумінні може бути ситуація з розрахунком середньомісячного заробітку для визначення розміру відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я особі, яка працювала за трудовим договором. Так, ст. 1197 ЦК України не дає відповіді на питання, як слід обчислювати середньомісячний заробіток у випадках, коли працівник у розрахунковому періоді частково не працював. Для подолання цієї прогалини автори Науково-практичного коментаря до цивільного законодавства України пропонують застосовувати загальну ідею, виведену з Порядку обчислення середньої заробітної плати і Порядку обчислення середньої заробітної плати (доходу) для розрахунку виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням – періоди, які входять до розрахункового періоду та в які працівник за відсутності його вини не мав заробітку, мають ураховуватися при обчисленні середньої заробітної плати. Подібне правило за аналогією права може застосовуватися при відшкодуванні шкоди в порядку, передбаченому ст. 1197 ЦК України [25, с. 792–793].

Подолання прогалин може здійснюватися не лише за допомогою аналогії, а й шляхом *безпосереднього застосування загальних принципів права*¹. Таке звернення є наступним, після аналогії закону й аналогії права, субсидіарним засобом подолання прогалин.

На нашу думку, раціональним є розмежування аналогії права і безпосереднього застосування загальних принципів права як різних за своєю сутністю засобів подолання прогалин. У випадку звернення до загальних принципів права ми відштовхуємося не від схожості відносин².

По-перше, йдеться про застосування права для регулювання відносин, що по суті не є подібними до інших, правом уже внормованих. Специфічність таких відносин є більш значущою. По-друге, слід ураховувати, що загальні принципи є вимогами, що діють в усіх галузях та інститутах права. Це дозволяє нам зробити логічне припущення, що такі вимоги мають діяти і щодо певних конкретних

¹ Схожою у цьому сенсі є пропозиція § 7 Австрійського цивільного уложення 1811 р. вирішувати справу відповідно до основ природного права [26, с. 746].

² До речі, саме на цій підставі ще в радянській літературі підкреслювалось, що вирішення юридичних питань на основі загальних принципів права не являє собою рішення за аналогією; використання терміна «аналогія» в цьому випадку виправдовувалось його поширеністю на теоретичному та практичному рівні (див., наприклад, [27, с. 464]). На цю обставину звертають увагу й у зарубіжній літературі. Наприклад, М. Павчнік наголошує на тому, що в цій ситуації йдеться про сукупну аналогію (*analogia totalis*), яка, власне, уже не є висновком за аналогією у справжньому сенсі слова; має місце знаходження норми з тлумаченням визначень, з якими у визначеній системі права виражаються загальні принципи права [4, с. 133].

відносин. Тому для регулювання відносин, що не є подібними до інших, ми прагнемо виробити конкретне правило (*ad hoc* норму), яке б найкращим чином узгоджувалося із загальними принципами права. Інакше кажучи, на основі принципу як стандарту слід запропонувати правило з чітко сформульованою гіпотезою і диспозицією, і вже на підставі цього правила вирішити конкретну справу¹. Суддя ніби зобов'язаний стати на точку зору законодавця, передбачити його рішення з цього питання [26, с. 747].

Зрозуміло, що застосування загальних принципів права є засобом, що вкрай рідко використовується при здійсненні правосуддя. Це пояснюється сучасним станом розвитку позитивного права, коли практично всі ситуації, що вимагають правового регулювання, отримали відповідну пряму або опосередковану регламентацію з боку законодавчої влади. Загальні принципи мають безпосередньо допомогти лише в тому випадку, коли законодавча влада не запропонувала суду жодного придатного правила.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Н. И. Кондаков. — 2-е изд., испр. и доп. — М.: Наука, 1975. — 720 с.
2. *Європейський* словник філософій: Лексикон неперекладностей. Том перший. — К.: Дух і літера, 2009. — 576 с.
3. Васьковський Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковський. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 508 с.
4. *Равсник* М. Juristisches Verstehen und Entscheiden: Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung. Ein Beitrag zur Argumentation im Recht (Forschungen aus Staat und Recht). — Springer-Verlag, 1993. — 193 pp.
5. Циппеліус Р. Юридична методологія / Р. Циппеліус; пер. з нім. — К.: Реферат, 2004. — 176 с.
6. *Беляневич* О. В. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / О. В. Беляневич. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.
7. *Юридична* енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 5: П–С. — 2003. — 736 с.
8. *Шапф* Я. Система германского гражданского права / Я. Шапф; пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2006. — 360 с.
9. *Быдлински* Ф. Основные положения учения о юридическом методе. Часть вторая / Ф. Быдлински // Вестн. гражд. права. — 2006. — № 2. — Т. 6. — С. 185–226.
10. *Кримінальний* процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17/paran51#n51>
11. *Быдлински* Ф. Основные положения учения о юридическом методе / Ф. Быдлински // Вестн. гражд. права. — 2006. — № 1. — Т. 6. — С. 190–241.

¹ Наприклад, Вищий арбітражний суд РФ на підставі загального принципу розумності сформулював такі правила, що визначають нерозумність дій (бездіяльності) директора: нерозумною є поведінка директора, який до ухвалення рішення не зробив дій, спрямованих на одержання необхідної і достатньої для його прийняття інформації, які звичайні для ділової практики за подібних обставин (зокрема, якщо доведено, що за наявних обставин розумний директор відклав би прийняття рішення до отримання додаткової інформації); нерозумним є здійснення операції без дотримання внутрішніх процедур, які зазвичай вимагаються або прийняті в цій юридичній особі для здійснення аналогічних угод (наприклад, узгодження з юридичним відділом, бухгалтерією тощо) [28, с. 746].

12. *Конституція України* : прийнята на п'ятій сесії Верхов. Ради України 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
13. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод* від 4 листопада 1950 р. № ETS 005 // Офіц. вісн. України. — 2006. — № 32. — Ст. 2371.
14. *Альбрехт П.-А.* Забута свобода: Принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку : пер. з нім. / П.-А. Альбрехт. — Одеса : Астропринт, 2006. — 160 с.
15. *Регельсбергер Ф.* Общее учение о праве : пер. с нем. / Ф. Регельсбергер. — М. : Тип. Т-ва И. Д. Сытина, 1897. — 295 с.
16. *Про практику розгляду судами корпоративних спорів* : Постанова Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>
17. *Виндшейд.* Учебник пандектного права : пер. с нем. / Виндшейд. — СПб. : Изд. А. Гиероглифова и И. Никифорова, 1874. — Т. 1. Общая часть. — 358 с.
18. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. — 10-те вид., допов. — Львів : Край, 2008. — 224 с.
19. *Загальна теорія держави і права* / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — 584 с.
20. *Рішення Конституційного Суду України* від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення частин другої і третьої статті 84 та частин другої і четвертої статті 94 Конституції України (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України) // Офіц. вісн. України. — 1998. — № 27. — Ст. 1009.
21. *Рішення Конституційного Суду України* від 19 травня 2004 р. № 11-рп/2004 у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень частини другої статті 90, пункту 8 частини першої статті 106 Конституції України (справа про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України) // Офіц. вісн. України. — 2004. — № 22. — Ст. 1515.
22. *Цивільний кодекс України* від 16 січня 2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
23. *Господарський кодекс України* від 16 січня 2003 р. № 436-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
24. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Т. 1 : А–Г. — 672 с.
25. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України* : в 4 т. — Т. 4. Методологія тлумачення нормативно-правових актів України / відп. ред. В. Г. Ротань. — К. : Юрид. кн. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2008. — 848 с.
26. *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Изд. Бр. Башмаковых, 1912. — 805 с.
27. *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М. : Госюрлитиздат, 1960. — 511 с.
28. *Постановление Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации* от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.arbitr.ru/as/pract/post_plenum/90841.html

Погребняк С. П. Аналогія у праві

Анотація. Стаття присвячена визначенню природи аналогії у праві. З'ясована суть аналогії *intra legem*, аналогії закону, аналогії права та безпосереднього застосування загальних принципів права. Визначені випадки, коли застосування аналогії не дозволяється.

Ключові слова: аналогія *intra legem*, аналогія закону, аналогія права, загальні принципи права, подолання прогалін.

Погребняк С. П. Аналогия в праве

Аннотация. Статья посвящена определению природы аналогии в праве. Выяснена суть аналогии *intra legem*, аналогии закона, аналогии права и непосредственного применения общих принципов права. Определены случаи, когда применение аналогии не допускается.

Ключевые слова: аналогия *intra legem*, аналогия закона, аналогия права, общие принципы права, преодоление пробелов.

Pogrebniak S. Legal Analogia

Summary. The article is devoted to the definition of the legal analogia nature. Analogia *intra legem*, analogia legis, analogia iuris and general principles of law direct application are analized. The cases where application of analogia is not allowed are identified.

Key words: analogia *intra legem*, analogia legis, analogia iuris, general principles of law, gaps overcoming.

ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ТА ПРАВОСУДДЯ¹

С. ПАШИН
*кандидат юридичних наук,
федеральний суддя у відставці,
професор кафедри судової влади
та організації правосуддя
(Національний дослідницький університет
«Вища школа економіки», Москва, Росія),
заслужений юрист РФ*



Юридична наука, що розвивається на пострадянському просторі, традиційно розглядає діяльність суду як правозастосовчу, тобто таку, що являє собою «акт застосування норми права до конкретних правовідносин» [1, с. 10; 2, с. 8]. «...Судочинство є однією з галузей правозастосування», — зазначають В. Томін і В. Сверчков [3, с. 98]. При цьому не тільки в сучасній літературі, а й у дореволюційних творах правозастосування описується як підведення встановлених у результаті доведення фактів під абстрактну норму закону, як рішення своєрідного правового силогізму [4, с. 209]. Навіть ті автори, які пишуть про правосуддя, зводять його, в остаточному підсумку, до правозастосування, стверджуючи, ніби «у ході здійснення правосуддя робиться акцент... на правильне з'ясування змісту норм закону та інших нормативних правових актів, відбувається формування позиції суду з відповідного питання» [5, с. 45].

Проблема полягає в тому, що жодна норма не може бути застосована «відповідно до її дійсного значення», окрім фільтру, який ставить на її шляху до учасників правовідносин суддя з його волею і досвідом, установками та уявленнями про належне. Просочуючись у живе життя, норма права «забруднюється», спотворюється, а то й навмисно ігнорується. Крім того, посилення на дібрану спеціально або особливим чином витлумачену норму іноді служить правозастосувачу прикриттям при досягненні певних цілей і результатів, що не передбачалися законодавцем. Більше того, є підстави вважати, що норма сама по собі не наділена сенсом, крім того, який вкладають у неї судді та інші особи, яких прийнято називати «правозастосувачами». Щодо цього є виправданим відоме прислів'я американських юристів: «Право — це те, що говорять про нього судді».

Такі висновки впливають, зокрема, із проведених автором досліджень.

Протягом 2008–2014 рр. автор пропонував юристам, серед яких було 24 судді, 19 адвокатів, 78 аспірантів і магістрантів (всього 121 чоловік), таке завдання. На картках були виписані норми кримінально-процесуального зако-

¹ У статті розвинуті деякі ідеї моєї доповіді «Проблеми функціонування суду присяжних на пострадянському просторі» на засіданні Харківського юридичного товариства 16 квітня 2014 р. Висловлюю вдячність учасникам дискусії за цінні коментарі. Переклад з російської О. Перестюка.

нодавства. Випробовувані, розподілені на групи по 4–5 чоловік, на першому етапі експерименту не повинні були знайти, як звикли вчиняти, єдине правильне значення норми, а мали запропонувати максимально можливу кількість тлумачень цих положень закону. У всіх випадках юристи примудрилися виявити в нормі не менш як три змісти.

Наприклад, одна з карток виглядала так:

«На якій стадії кримінального судочинства і за яких умов може бути допущений як захисник представник правозахисної організації? Запропонуйте максимально можливу кількість тлумачень цієї норми».

«Як захисники допускаються адвокати. За рішенням або постановою суду як захисник можуть бути допущені разом з адвокатом один із близьких родичів обвинуваченого або інша особа, щодо допуску якої клопоче обвинувачений» (ч. 2 ст. 49 КПК Російської Федерації).

Після обговорення випробовувані зупинилися зазвичай на таких варіантах інтерпретації:

1) правозахисник може виступати в ролі захисника тільки в суді, разом з адвокатом, утім не на досудових стадіях процесу;

2) правозахисник може виступати в ролі захисника і на досудових стадіях процесу, поряд з адвокатом, при здійсненні суддею акта судового контролю (вирішення питання про запобіжний захід; розгляд скарг на акти слідчого, дізнавача, прокурора);

3) правозахисник може виступати в ролі захисника протягом усіх досудових стадій процесу, якщо слідчий (дізнавач) відмовить обвинуваченому в допущенні цієї особи як захисника, але суддя, розглянувши скаргу обвинуваченого, все ж таки винесе постанову про допуск цього захисника;

4) правозахисник може виступати в ролі захисника протягом усіх досудових стадій процесу і слідчий (дізнавач) зобов'язаний за клопотанням обвинуваченого допустити його до участі в розслідуванні, оскільки Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод визнає за обвинуваченим право «захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника» (підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції).

Як бачимо, усі ці тлумачення відповідають буквальному змісту обговорюваного тексту закону (окрім четвертого), і серед них немає абсолютно правильного.

На другому етапі експерименту випробовувані мали зупинитися на одній із декількох знайдених інтерпретацій, діючи за межами групи, особисто від себе. Стосовно цього завдання 19 (79,2 %) суддів підтримали, відповідно до прийнятої судової практики, перше тлумачення; проте двоє суддів висловилися на користь другої відповіді; троє суддів схилилися до четвертого варіанта тлумачення. Навпаки, серед учнівської молоді більшість (47 чоловік, тобто 60,3 %) заявили, що підтримують четверту, найбільш радикальну, інтерпретацію норми КПК Російської Федерації. Виходить, що випробувачі на цьому етапі експерименту приписали законодавцю зміст сформульованих ним норм, виходячи з власних уявлень і настанов.

Мабуть, це дослідження з очевидністю демонструє відмінність між правозастосуванням і правосуддям. Правозастосування — це абстракція, за змістом якої діяльність судді зводиться до нехитрого алгоритму, а сам він вихолощується до стану механізму, передбаченого законом. Правосуддя — це розумова робо-

та людини, з усіма її перевагами і недоліками, над життєвою ситуацією, що потребує критичного сприйняття права і яка припускає не тільки відкриття сенсу, колишнього закладеного в норму, а й наділення її змістом, переосмислення. У критичних випадках видається доречним також звернення до цінностей і правил, що не зафіксовані в державному законі, наприклад правовим звичаям місцевого співтовариства.

Побічним ефектом правосуддя, від якого з політичних мотивів або міркувань соціальної (відомчої) стабільності вимагають точного правозастосування, виступає невідповідність мотивувань, що наводяться у вироках та інших судових актах, справжнім спонукальним причинам прийнятих рішень. Обґрунтування судового рішення «для себе» і мотивування для зовнішнього адресата істотно відрізняються. Крім того, одиничне рішення, щоб досягти властивостей правосудності, іноді ухиляється від руху по загальній стовповій дорозі, а тому піддається сумніву і одноманітність правозастосування, неможливе при здійсненні правосуддя у конкретних унікальних справах, нехай і схожих за низкою ознак. Звичайно, судді, внутрішнє переконання якого дійсно поважається (а право на нього визнається за суддею і в ч. 1 ст. 94 КПК України, і в ч. 1 ст. 17 КПК Росії), доводиться брати на себе всю повноту відповідальності і постійно контролювати себе (рефлексія), щоб не допустити свавілля. Утім судочинство — не єдина потенційно небезпечна соціальна практика.

Гадаємо, вказане дає ключ до розгляду під іншим кутом і новою оцінкою проблем, що виявляються в судовій діяльності та несиметрично висвітлюються у працях науковців.

Судові реформи на пострадянському просторі стануть успішними тільки за умови перевірки усталених концепцій, співвіднесення і ув'язки у формах судової діяльності професійної юридичної і альтернативної (народної) правосвідомості. Особливо наочно специфіка правових поглядів населення проявляється в суді за участю присяжних засідателів, який у Росії втілений у класичній формі, відомій Статуту кримінального судочинства 1864 р.

У науковому співтоваристві і серед практикуючих юристів Росії, а також багатьох інших країн СНД широко поширені роздуми про істину в судочинстві, про необхідність однакового застосування закону, про ресурсне забезпечення судів та їх працівників. Ці питання, однак, зовсім не цікавлять представників громадянського суспільства і взагалі людей, для блага яких, по ідеї, засновані органи судової влади.

Так, Уряд Російської Федерації розпорядженням від 20 вересня 2012 р. № 1735-р затвердив Концепцію федеральної цільової програми «Розвиток судової системи Росії на 2013–2020 роки». Укладачі Концепції були змушені визнати, що, згідно з опитуваннями громадської думки, лише 27 відсотків громадян Росії довіряють органам правосуддя, при цьому 38 відсотків органам правосуддя не довіряють [6]. Респонденти розчаровані сучасним вітчизняним правосуддям зовсім не тому, що в результаті процесів встановлюється лише відносна, а не абсолютна істина, і навіть не через те, що судова практика в Липецьку дещо відрізняється від правозастосування в республіках Північного Кавказу. Громадяни не знаходять у судах справедливості і не вірять у здатність служителів Феміди відновити їхні порушені права з належною ефективністю. По суті, мова йде про парадоксальний і нестерпний дефіцит правди у правосудді.

В умовах судової реформи, коли оголилася неузгодженість підходів професійних юристів, з одного боку, і широких верств населення, — з другого, до стану судової системи та правосуддя, доцільно внести ясність у питання про істину і правду в суді.

Радянська юридична доктрина вимагає від суддів встановлення істини у кримінальних справах [7, с. 27; 8, с. 64–65; 9, с. 37; 10, с. 40; 11, с. 238; 12, с. 31–32; 13, с. 65–69, 74; 14, с. 47]. Зрозуміло, що перенесення філософських конструкцій абсолютної і відносної істини у сферу судочинства являє собою вульгаризацію в теоретичному сенсі і химеру (тобто поєднання непоєднуваного) в сенсі практичному, навіть якщо для понять, розроблених ще монахами-картезіанцями, вигадують найменування на кшталт «матеріальної» істини. Очевидно також, що в розпорядженні судів різних інстанцій є можливість перевірити доведеність обвинувальної тези (наприклад, «А. убив Б., щоб заволодіти його гаманцем із грошима»), але немає засобів, щоб встановити його істинність. Фактично розмови про істину використовуються відомствами для відновлення інквізиційних порядків і інститутів: покладання на суд обов'язку заповнювати прогалини попереднього розслідування; відновлення практики повернення кримінальних справ для додаткового дізнання або слідства.

Наукове завдання полягає у вивченні реальних судових практик, що процвітають під прикриттям умоглядних міркувань про істину. Автор до цього моменту вивчив 398 вироків федеральних судів різних рівнів. Це дослідження дає підстави стверджувати, що в «актах правосуддя» не виявляється абсолютна або відносна істина; швидше, йдеться про штучне конструювання правдоподібних мотивувань, а іноді й про явні логічні пересмикування, що межують із фальсифікаціями. Дослідження дозволяє виділити деякі повторювальні схеми, що використовуються суддями при винесенні вироків.

Так, досить типовим є приписування мотивів. Зміна підсудним показань трактується як «бажання ухилитися від відповідальності», сприятливі для нього показання свідків пояснюються прагненням родичів або просто знайомих вигородити близьку людину. Натомість твердженням представників влади надається, по суті, значення доказів, що мають заздалегідь встановлену силу і високу імовірність, оскільки працівники міліції (поліції) — це начебто «не зацікавлені в результаті справи особи».

Інший прийом — згущення фарб, перебільшення, приписування обвинувальним доказам значення, якого вони не мають. Наприклад, у вирокі Забайкальського крайового суду від 7 вересня 2009 р. у справі про вбивство двох осіб та підпал (підсудні Є. і Ф.) помилково стверджується, ніби «висновки суду об'єктивно підтверджуються даними про наявність потожирової речовини підсудних... на дроті-зашморгу з трупа Щ.» (с. 20 вироку). Однак такого висновку експерти ніколи не давали. Експерт лише повідомила, що зразки поту, вилучені з кінців дроту-зашморгу, «були повністю витрачені при дослідженні, проте походження потожирової речовини і від підсудного Є., і від підсудного Ф. не виключається».

Майже завжди суди викладають докази «загальним списком», не зазначаючи, що ж конкретно доводять ті чи інші свідчення і протоколи; питання про подію злочину і його шкідливі наслідки не відділяється від питання про винуватість конкретного підсудного. Про такі хитрощі одного разу зауважив Європейський суд з прав людини в постанові від 13 липня 2006 р. у справі *Понов*

проти Росії. На обґрунтування винуватості Попова у вчиненні приписаного йому вбивства Преображенський районний суд м. Москви, слідуючи звичайній у нас методиці, навів у вирокі перелік доказів. Частина з цих доказів (протокол огляду місця події та трупа) підтверджували факт смерті, але «національний суд не надав жодних пояснень, яким чином ці матеріали вказують на вину заявника»; інша частина наведених районним судом доказів взагалі не стосувалася справи [15, с. 161]. Небажання розмежовувати, з одного боку, докази винуватості конкретної особи і з другого — матеріали, що свідчать про подію злочину, веде до засудження обвинувачуваних на підставі припущень під прикриттям враження від широкої сукупності наявних у справі паперів.

Склалася технологія роботи суддів: копіювання у вирокі, аж до граматичних помилок, текстів обвинувальних висновків [16].

Окреме місце серед результатів дослідження займають явні пересмикування і софізми, які використовуються у вирокі для обґрунтування винуватості підсудних. Наприклад, у вирокі Хабаровського крайового суду від 25 липня 2008 р. у справі про організоване злочинне товариство, що збувало наркотики, зазначається: «Доводи сторони захисту про відсутність доказів прийняття підсудних у члени злочинного співтовариства, давання ними клятви вірності злочинній організації, відомостей про відвідування ними зустрічей спілників не тільки не спростовують пред'явлене їм обвинувачення, а навпаки, підсилюють його. Оскільки зазначені обставини свідчать про конспіративність діяльності цієї неформальної організації, члени якої всіляко уникали документування їх злочинної діяльності». Таким чином, відвідування злочинних зустрічей і принесення клятви босам злочинної організації, як і утримання від таких дій, на думку суду, однаково доводять належність підсудних до злочинного товариства.

Усі вивчені вирокі перевірялися вищими інстанціями (у тому числі, Верховним Судом Російської Федерації) і набрали законної сили. Тому можна стверджувати, що мова йде не про ексцеси, а про практики, які отримали схвалення всередині судової системи Росії. Такі протиправні практики поширені, санкціоновані й воістину одноманітні в різних регіонах держави. Але чи можемо ми вітати таку «істину» і таке одноманіття?

Народ наш споконвіку вимагає правди, а не сурогатів у вигляді «матеріальної істини» і вибіркової справедливості. З цієї жаги тисячоліття тому виникла «Руська Правда» Ярослава Мудрого (саме «Правда», а не «*lex*» і не «*law*», тобто «закон»). У «Бесідах про закони» М. Сперанський писав: «Будь-яке право ... постільки є право, поскільки воно ґрунтується на правді. Там, де скінчиться правда і де почнеться неправда, скінчиться право...» [17, с. 408].

Православній людині непотрібно пояснювати, у чому полягає правда. За справедливим твердженням В. Сорокіна, «поняття правди означає особливий духовний стан, в якому збігаються об'єктивна, дана Богом, істина і внутрішня совість людини. Слово “правда” передбачає чесність, справедливість та совісність людини, неможливі в поняттях Святої Русі без православної віри в Бога» [18, с. 142]. По суті, наша правда невіддільна від традиційної моральності народу.

Визначення правди для цілей нинішньої юридичної науки, в контексті процесуальної теорії може звучати так: «Правда — це чуйність людини до певної системи духовних цінностей, співпричетність до цих цінностей». Совість є механізмом спонукання людини до правди. При цьому людина може грішити і безчинствувати, але її душа все одно відчуває правду. До речі, саме тому юристи не

звільняють від відповідальності людей, які не знають закону: усередині нас є механізм, що дозволяє відокремлювати зло від добра, правду від кривди. Апостол Павло писав, що язичники, які не мають писаного закону, все одно прихильні до правди, «бо коли язичники, що не мають закону, природно чинять законне, то, не маючи Закону, вони самі собі закон: вони демонструють, що справа закону в них написана в серцях, про що свідчать їхні думки, що засуджують, або виправдовують одна одну» [19]. Тут совість постає як своєрідна «техніка себе», яка полягає в рефлексії, внутрішньому духовному осудженні людини.

Голос правди зрозумілий навіть злодію. Так, у 1911 р. вбивця і розбійник Василь Білоусов біля шибениці виголосив солдатам таку промову: «Браття! Ось політики говорять, що вішати людей не можна, що уряд не має на це жодного повного права, що людина не собака і таке інше. Брешуть вони, хлопці! Така людина, як я, гірше собаки! І якщо не повісити мене, то багато ще невинної крові проллється! Слухайте своє керівництво, воно краще знає!» Потім засуджений злочинець відсторонив ката зі словами: «Не брудни рук», сам став на табуретку, затагнув у себе на шиї петлю і зістрибнув. Солдати розплакалися [20, с. 151–153].

У цій історії цікавий також вибір між правдою уряду («керівництва») і правдою опозиції («політиків»).

Правда окреслює духовні межі людини. Правда може бути не тільки особистою, а й колективною, сповідуватися прошарком і цілим народом. Хорошим прикладом правди соціального прошарку є ставлення нобілітету до дуелей, які заборонялися державою. Так, сентенція Комісії військового суду від 19 лютого 1837 р., заснованої для розгляду справи про дуель між Ж. Геккерном (Дантесом) і О. Пушкіним, свідчила: «...Поручика Геккерна... повісити, такому ж покаранню підлягав би і підсудний камергер Пушкін, але оскільки він вже помер, то суд над ним у зв'язку зі смертю припинити...» [21, с. 195]. Однак було очевидно, що Микола I, будучи не тільки самодержцем, а й першим дворянином Росії, ніколи такого законного, але жорстокого вироку не конфірмає. Жорж Дантес був позбавлений чину і висланий із країни під конвоєм жандарма.

Образно кажучи, правда, правосуддя — це те, що жевріє в нашій душі, зігриває і живить її. Істина ж нагадує дистильовану воду: вона чиста, але несмачна. Акт правозастосування, на відміну від правосуддя, часто залишає відчуття незадоволеності у представників народу, що його спостерігали, викликає у недосвідчених у юриспруденції людей подив.

Правда — зовсім не еквівалент справедливості, хоча може зводитися до неї у внутрішньому світі деяких носіїв (душі людини, душі нації).

Справедливість характеризує співвідношення ролі окремих осіб та розподілу добра і зла, благ і страждань між ними, що сприймається як належне. У праві справедливість, поряд з її аспектом урівноваження, властивим процесу і узаконенням цивільного обороту, виявляється також у розподільчій іпостасі: як відплата, яку прагнуть забезпечити творці матеріального кримінального закону.

Якщо людська справедливість виявляється у правосудді у справах про злочини і проступки, головним чином, у формі відплати злом за зло, то потойбічна справедливість, на яку відгукується душа, заснована на засадах любові. Преподобний Ісаак Сирін говорив, що Бога не варто називати «справедливим», бо він судить нас не за законами справедливості, а за законами милосер-

дя [22, с. 120]. Якби Господь судив людину по справедливості, нам всім не минути б нового Всесвітнього потопу або дощу з вогню і сірки.

Якщо прихильники ісламу іменують його релігією справедливості, то православні люди сповідують любов. Ця корінна властивість нашої віри, нехай неусвідомлювана нами у всій повноті, підсвідомо визначає зміст сьогоднішньої нашої правди. У сфері правосуддя вектор нашої правди задається новозавітною притчею про Христа і блудницю. Принижені і ображені мають бути підняті з бруду, гнані — отримати притулок, заковані — звільнені. Суддя зобов'язаний бачити в підсудному не просто людину, але свого брата і навіть самого себе в горі й засліпленні. Держава повинна в кожному процесі ще довести своє право судити і карати підданого. Якщо ж його слуги катували людину і підробляли докази, — народ прощає злодія, присяжні засідателі схильні виправдати злочинця або виявити до нього поблажливість.

Нашому народу далека концепція невідворотності строгої, але справедливої відплати, що втілилася в саксонському вченому судді Бенедикті Карпцове (1595–1666). «...Коли формальний закон торжествує, коли з'являється покараний злочинець, то до концепту “закон” приєднується у свідомості нашого народу не відчуття торжества справедливості, а відчуття нещастя покараного. “Засуджений — нещасний” — ось коротке формулювання цього поняття. Це висловив Ф. Достоєвський у “Щоденнику письменника за 1873 р.”: “Ні, народ не заперечує злочини і знає, що злочинець винен. Народ знає тільки, що і сам він винен разом із кожним злочинцем”. Уявлення це глибоко... народне», — відзначає В. Сорокін [18, с. 138].

Варто навести як приклад такого підходу вердикт колегії присяжних засідателів по кримінальній справі Я., яка слухалась Томським обласним судом у 2004 р. Присяжні засідателі виправдали підсудну, яка плеснула бензином у чоловіка, який бив її, і кинула в нього сірник. Ревнивець знущався над жінкою протягом 11 років їх нещасливого шлюбу. Один із присяжних засідателів по цій справі сказав автору цієї статті в довірчій бесіді: «Ми дивувалися, що вона не зробила цього раніше». Присяжні засідателі, відповідаючи на друге основне запитання, поставлене перед ними головуючою суддею, знайшли недоведеним, що смерть потерпілому заподіяла підсудна. Цілком очевидно, що цим вердиктом ігнорувалася істина, та й справедливість у ньому не проявилася (зрештою, синець під оком не рівноцінний болісній смерті від опіків). Утім проявилася народна правда, подобається вона нам чи ні. Виправдувальний вирок був залишений касаційною інстанцією без змін.

Осмислюючи цей вердикт, не можна водночас не відзначити, що він явно спростовує, нехай і на конкретному прикладі, алгоритмічний опис акта правозастосування. По-перше, тут встановленим у результаті судового розгляду фактам надана інтерпретація відповідно до права, яке виявили і підтримали присяжні засідателі, причому явно всупереч кримінальному закону про покарання за вбивство, зміст якого їм роз'яснював суддя в напутньому слові. По суті, вони визнали право жертви домашнього насильства на смертельний вирок мучителю. По-друге, щоб реалізувати веління цього зрозумілого присяжним засідателям права, вони своїм вердиктом змінили встановлені факти, зумовивши підставу постанови виправдувального вироку. Пов'язаний формулюванням вердикту колегії присяжних засідателів, суддя виніс його, зважаючи на непричетність підсудної Я. до чоловіковбивства. Присяжні засідателі, таким чином, на

заключному етапі своєї роботи йшли не від доведених фактів до такого, що належить застосовувати, права, а навпаки, визнане ними право змусило сконструювати факти всупереч наявним доказам. Правосуддя здійснилося.

Деякі правові позиції, відтворювані представниками народу по всій Росії, не відповідають звичаям казенних суддів, але узгоджуються з думкою освіченого страсбурзького правосуддя, вченням про природні права людини, включаючи право на свободу від катувань та жорстокого поводження. Раніше вже йшлося про те, що присяжні засідателі заперечують право держави судити і карати людей, яких його «правоохоронці» катували, над якими глумилися. Тому Верховний Суд Російської Федерації був змушений заборонити дослідження заяв підсудних про застосовані до них тортури за участю присяжних засідателів. Інша річ — Європейський суд з прав людини. У його рішенні від 30 липня 2009 р у справі *Гладишев проти Російської Федерації* записано: «Особливу увагу слід приділяти при використанні в кримінальній справі доказів, отриманих унаслідок заходів, визнаних такими, що порушують статтю 3 Конвенції, навіть якщо прийняття таких доказів не мало вирішального значення при винесенні обвинувального вироку. Використання доказів, отриманих усупереч статті 3 Конвенції, викликає серйозні питання з точки зору справедливості судового розгляду».

На жаль, правда казенних судів у Росії обумовлюється, з одного боку, відомчим інтересом, а з другого — прив'язкою до держави і віддаленістю від народу. Для професійних суддів сучасної Росії «відправлення правосуддя є особливим видом здійснення державної влади» [23], і законодавець, якому зобов'язаний підкорятися суд, «реалізує політичну волю держави» [24]. Така юридична позиція близька за духом до невивітряних до цієї пори постулатів А. Вишинського: «Закон формулює свої вимоги відповідно до інтересів і виражає ці інтереси правосвідомістю панівних класів. Судова практика повинна повністю відповідати цим вимогам» [25, с. 12]. Не можна також погодитися з позицією членів Конституційного Суду Російської Федерації, ніби правосуддя здатні відправляти лише державні суди [26].

Казенні суди, фактично, виступають знаряддям підтримання порядку, бажаного для правлячого режиму. На жаль, подібні устремління були властиві нашому суду здавна. Так, до цих пір є актуальними слова екатерининського сенатора І. Лопухіна: «Як дивно бачити, коли люди напружують усі свої сили, щоб знайти винного лише задля того, щоб його покарати; і за відсутності безумовної впевненості в його вині, поспішають засудити його, і се часто з удаваного правосуддя і старання до збереження порядку... Звичай також покладатися на мистецтво поліції, яка майже завжди будує свою фортуна на занепокоєнні мешканців, замість того, щоб їй зберігати їхній спокій» [27, с. 7, 27].

Розвиток правосуддя лише до певної міри обумовлено накачуванням у судову систему бюджетних коштів і не залежить від підтримки одноманітності судової практики методами диктату і дисциплінарного переслідування суддів. Судам потрібно виробити і затвердити власну правду, що відповідає духу і запитам нашого народу. Зовсім не випадково 19 березня 1856 р., вступивши на прабатьківський престол, Олександр II проголосив: «Так, правда і милість царюють у судах». Не правозастосування з його одноманітністю — але, правда і милість.

Таким чином, необхідно зробити висновок про докорінну відмінність правозастосування від правосуддя. Суд виступає майданчиком, де стикаються різні

правди, які породжують у живому житті різні норми поведінки, що визнаються або відкидаються державою, з одного боку, і громадянським суспільством (його окремими інститутами, стратами) — з другого. Правосуддя виявляється, зокрема, в усвідомленій перевазі тієї чи іншої правди з подальшим вибором або навіть пристосуванням до неї норм права, що застосовуються при мотивуванні рішення. За умов демократичної судової реформи доцільно прагнути того, щоб судові вирокі висловлювали не лише задум законодавця і потреби влади, а й відповідали народній правді.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Грошевой Ю. М.* Правовые свойства приговора — акта социалистического правосудия / Ю. М. Грошевой. — Харьков, 1978. — 60 с.
2. *Чайковская М. А.* Свойства приговора : монография / М. А. Чайковская. — М. : Проспект, 2013. — 176 с.
3. *Уголовный процесс. Проблемные лекции* / под ред. В. Т. Томина, И. А. Зинченко. — М. : Юрайт, 2013. — 799 с.
4. *Гольмстен А. Х.* Учебник русского гражданского судопроизводства / А. Х. Гольмстен. — СПб., 1885. — 334 с.
5. *Правосудие в современном мире* : монография / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. — М. : Наука : ИНФРА-М, 2012. — 704 с.
6. *Концепция федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России» на 2013–2020 годы», утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 20 сентября 2012 г. № 1735-р // Собрание законодательства РФ. — 2012. — № 40. — Ст. 5474.*
7. *Вышинский А. Я.* Теория судебных доказательств в советском праве / А. Я. Вышинский. — Изд 3-е, доп. — М. : Госюриздат, 1950. — 308 с.
8. *Горский Г. Ф.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г. Ф. Горский, Л. Д. Кокорев, П. С. Элькин. — Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1978. — 303 с.
9. *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе / Ю. М. Грошевой. — Харьков : Вища школа, 1979. — 144 с.
10. *Демократические основы советского социалистического правосудия* / под ред. М. С. Строговича. — М. : Наука, 1965. — 392 с.
11. *Конституционные основы правосудия в СССР* / А. М. Ларин, А. А. Мельников, И. Л. Петрухин и др. ; под ред. В. М. Савицкого. — М. : Наука, 1981. — 360 с.
12. *Пашкевич П. Ф.* Объективная истина в уголовном судопроизводстве / П. Ф. Пашкевич. — М. : Госюриздат, 1961. — 171 с.
13. *Строгович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе / М. С. Строгович. — М. : Изд-во АН СССР, 1955. — 384 с.
14. *Теория доказательств в советском уголовном процессе* / под ред. Н. В. Жогина. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Юрид. лит., 1973. — 736 с.
15. *Российские дела в Европейском суде по правам человека: опыт первых десяти лет. Обзор.* — М. : Нов. юстиция, 2008. — 368 с.
16. *Соковнин А.* Вы вообще читаете свои приговоры? / А. Соковнин // Коммерсант. — 2008. — 12 февр. — С. 3.
17. *О законах.* Беседы графа М. М. Сперанского с Его Императорским Высочеством Государем Наследником цесаревичем великим князем Александром Николаевичем с 12 октября 1835 по 10 апреля 1837 года // Сборник Императорского русского исторического общества. — Т. 30. — СПб., 1881. — С. 325–491.
18. *Сорокин В. В.* Понятие и сущность права в духовной культуре России / В. В. Сорокин. — М. : Юрлитинформ, 2007. — 456 с.
19. Рим. 2, 14 — 16.

20. *Лаврин А. П.* Знаменитые убийцы и жертвы / А. П. Лаврин. — М. : Эксмо : ЭНАС, 2011. — 288 с.
21. *Дуэль* Пушкина с Дантесом-Геккерном. — М. : Белый город, 2012. — 272 с.
22. *Сирин И.* Избранное : в 4 т. / И. Сирин. — М., 1994. — Т. 4. — 368 с.
23. *Постановление* Конституционного Суда Российской Федерации от 25 января 2001 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И. В. Богданова, А. Б. Зернова, С. И. Кальянова и Н. В. Труханова // Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 7. — Ст. 700.
24. *Определение* Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июня 2004 г. № 261-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Фирсанова Алексея Николаевича на нарушение его конституционных прав Декретом Президиума ВЦИК от 20 августа 1918 года «Об отмене права частной собственности на недвижимость в городах» // СПС «КонсультантПлюс».
25. *Вышинский А. Я.* Теория судебных доказательств в советском праве / А. Я. Вышинский. — Изд. 3-е, доп. — М. : Госюриздат, 1950. — 308 с.
26. *Постановление* Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 10-П // Вестн. Конституц. Суда РФ. — 2011. — № 4.
27. *Записки* сенатора И. В. Лопухина. Репринтное воспроизведение. — М. : Наука, 1990. — 212 с.

Пашин С. А. Правонастановлення та правосуддя

Анотація. Стаття присвячена проблемам правонастановлення та правосуддя. Автор наводить результати власних досліджень професійної юридичної свідомості та матеріалів судової практики. На основі отриманих даних демонструються неправові засоби, до яких вдаються судді для мотивування обвинувальних вироків. У статті аналізується поняття правди при відправленні правосуддя. Автор на конкретних прикладах відзначає докорінні відмінності між професійною юридичною і народною правосвідомістю.

Ключові слова: істина, правда, правонастановлення, правосуддя, присяжні засідателі, реформа, совість, справедливість, суд.

Пашин С. А. Правоприменение и правосудие

Аннотация. Статья посвящена проблемам правоприменения и правосудия. Автор приводит результаты собственных исследований профессионального юридического сознания и материалов судебной практики. На основании полученных данных демонстрируются неправовые способы, к которым прибегают судьи для мотивировки обвинительных приговоров. В статье анализируется понятие правды при отправлении правосудия. Автор на конкретных примерах обозначает коренные различия между профессиональным юридическим и народным правосознанием.

Ключевые слова: истина, правда, правоприменение, правосудие, присяжные заседатели, реформа, совесть, справедливость, суд.

Pashin S. Law Applying and Justice

Summary. The article is devoted to problems of law enforcement and justice. The author cites the results of his researches of professional legal consciousness and legal practice. On the basis of the obtained facts the author demonstrates nonlegal methods used by the judges for the motivation of convictions. The concept of truth in the administration of justice is analyzed in the article. The author with specific examples indicates fundamental differences between the legal professional and the people's sense of justice.

Key words: verity, truth, law applying, justice, jury, reform, conscience, court.

**ДИСКУСІЯ:
ЧИ МОЖЛИВА УНІВЕРСАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА
ЯК СПІЛЬНА КОНЦЕПТУАЛЬНА ОСНОВА ТЕОРІЙ
НАЦІОНАЛЬНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРАВА?**

**ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА МАЙБУТНЬОГО:
МЕХАНІЧНЕ РОЗШИРЕННЯ
ЧИ КОНКРЕТИЗАЦІЯ ПРЕДМЕТА (ОБ'ЄКТА)
ДОСЛІДЖЕННЯ**

В. БУТКЕВИЧ
*доктор юридичних наук, професор,
суддя Європейського суду з прав людини
у відставці*



Дискусію, започатковану два роки тому журналом «Філософія права і загальна теорія права» статтею професора П. Рабіновича [1, с. 245–248], можна назвати і своєчасною, важливою, і довгоочікуваною дослідниками як національного, так і міжнародного права. Особливо відчувається актуальність вирішення низки питань про співвідношення, взаємодію та гармонізацію міжнародного і національного права — без перебільшення, можна сказати, основних збудників цього обговорення.

Аналіз думок і пропозицій, висловлених у ході дискусії (в якій вже взяли участь «різнопредметні» фіхівці), показує, що вона набирає конструктивного, поміркованого характеру і, незважаючи на окремі песимістичні заяви, обіцяє досягнути плідних результатів.

При цьому слід мати на увазі, також, про що йдеться: про теорію права (подекуди простий відхід того чи іншого автора від казуальності подається ним як теорія права) чи лише про загальні міркування з приводу певних правових ситуацій; про перевірені практикою правові дефініції чи про задекларовані — нерідко через авторські амбіції — політичні, морально-етичні гасла). Складність ситуації, в якій було започатковано означену дискусію, обтяжується ще й тим, що остання проходить в умовах глобальної кризи: як у міжнародному праві, так й у національно-правових системах, як у теорії права, так і в окремих галузевих науках. Утім налаштовує на оптимізм те, що більшість подібних дискусій, як

© В. Буткевич, 2014

свідчить уся історія правової практики, відбувалися саме в умовах кризових ситуацій — унаслідок останніх і задля їх подолання.

Неважко помітити, що практично всі правові кризи долалися об'єднаними зусиллями юристів-теоретиків, публіцистів, філософів і юристів-практиків. Так було в античну епоху, коли вагоме слово сказали грецькі філософи (наскільки серйозно тоді ставилися до власних пропозицій, може свідчити приклад Арістотеля, який перш ніж робити політико-правові висновки, проаналізував політичні інституції і правовий порядок понад ста п'ятдесяти грецьких міст-полісів); на юстиніанівську кодифікацію римського права були запрошені кращі професори Константинопольської й Бейрутської шкіл права і найбільш досвідчені адвокати з вищого суду; кризу права періоду Середньовіччя було подолано, перш за все працями глосаторів, постглосаторів і каноністів, які й сьогодні становлять золотий фонд світової юриспруденції. Тому, як буржуазні революції втілювали в життя ідеї та пропозиції сучасних їм юристів, філософів і політологів, присвячена численна кількість дисертацій, монографій, інших наукових досліджень.

Очевидно, і сучасну кризу права нам без об'єднання зусиль навряд чи подолати. А проходить вона — за масштабами та інтенсивністю — настільки потужно, що важко знайти подібні приклади в історії права. Крім того, всі попередні кризи права здебільшого долалися без врахування міжнародного права. Лише буржуазні революції звернули на нього увагу, але обмежилися тільки проголошенням декларацій (як, наприклад, Декларація міжнародного права, подана французькому Конвенту абатом Грегуаром 23 квітня 1795 р.), які, по-перше, нікого ні до чого не зобов'язували, а по-друге, почали втілюватися в життя лише через півтора-два століття незалежно від першоджерела проголошення, а деякі їх положення втратили свою актуальність майже відразу ж після проголошення.

Сьогодні міжнародне право «проросло», «проникло» в національні правові системи своїми нормами, принципами, стандартами настільки, що мислити проведення правових реформ ізольовано від нього, чи окремо — спочатку в одній правовій системі, а потім в іншій — практично неможливо. Ось і в Україні приблизно сорок відсотків національних нормативно-правових положень вже неможливо якісно реалізувати, ігноруючи міжнародно-правові зобов'язання цієї держави, які охопили практично всі галузі українського права.

І тут на порядок денний виринає не тільки проблема невідповідностей між цими правовими системами, їх неузгодженість і досить часто суперечливість їхніх положень, а й розмаїте розуміння нашими юристами як права в цілому, так і міжнародного права зокрема.

Сьогодні, коли один думає, що філософія права — то є фундаментальний напрям науки, а другий — що такої науки взагалі ніколи не було і не може бути; коли для одних загальна теорія права — це наука високого рівня узагальнення правової дійсності, а для інших — просто сума галузевих правових теорій; коли один бачить міжнародне право лише як міждержавне, другий — як право світової спільноти (причому не тільки держав), а третій запитує: що це таке? чи існує таке право взагалі? — то вести дискусію про можливість формування загальної теорії права (і національного (внутрішньодержавного), і міжнародного) досить складно, якщо взагалі не проблематично.

Щоправда, враховуючи те, що згадана дискусія об'єднала науковців, зацікавлених у вирішенні проблеми, а не у пропаганді своїх поглядів, видається, що

результат має бути оптимістичним. Хоч і на цьому етапі дискусії вже не обійшлося без достатньо своєрідного розуміння як теорії права взагалі, так і теорії міжнародного права зокрема. Скажімо, чи потрібно нам — з огляду на самостійність системи міжнародного права — формувати незалежну від загальної теорії права загальну теорію міжнародного права? Переконали, що — ні. То є шлях у нікуди. Положення загальної теорії права, чи то універсальної теорії права, чи то загальноправової теорії, чи то гранично загальної теорії права, чи то метатеорії права (байдуже, як ми її назвемо), а також дефініції відповідного їм предмета дослідження мають бути загальними також і для теорії міжнародного права.

Один із авторів дискусії виділяє трьох дослідників міжнародного права (С. Черніченка, В. Василенка й автора цієї статті), які нібито хотіли розбудувати «загальну теорію міжнародного права», але — на його думку — єдине, чого спромоглися досягнути, — це створити «низку загальних теорій міжнародного права». Однак про «низку» не може бути й мови, оскільки ні в дорадянський, ні в радянський, ні в пострадянський період в Україні (та й у колишніх союзних республіках також) не було опубліковано жодної роботи з претензією на загальну теорію міжнародного права.

Тут, очевидно, автор сплутав загальне міжнародне право як систему права (це питання досить плідно досліджувалось і досліджується вітчизняними і радянськими вченими [2; 3; 4]), як універсальне міжнародне право, — на противагу регіональним міжнародно-правовим підсистемам — але зі спробами створити «власну» загальну теорію міжнародного права, які ніким із вчених не робилися. Коли ж фахівці-міжнародники писали про «основи міжнародного права», «основні питання сучасної теорії міжнародного права», «актуальні проблеми теорії міжнародного права» і т. ін., то ці наукові розвідки стосувалися лише окремих теоретичних аспектів міжнародного права і жодним чином не ставили за мету створювати «загальну теорію міжнародного права».

Зокрема, професор С. Черніченко в його двотомній праці з теорії міжнародного права спеціально попереджає: «Особливу увагу належить звернути на зв'язок теорії міжнародного права із загальною теорією держави і права, котра на практиці, на жаль, нерідко випадає з поля зору юристів-міжнародників» [5, с. 9]. Він жодним чином не дає підстав вважати, що робив спробу створити «загальну теорію міжнародного права».

Можна критикувати підхід до теорії права професора В. Василенка (у своїй книзі «Основи теорії міжнародного права» він зауважує: «Монографія присвячена комплексному аналізу сутнісних характеристик сучасного міжнародного права у світлі соціалістичної загальної теорії права» [6, с. 2]), але помилково вважати, що він робив спробу створити особливу «загальну теорію міжнародного права».

Єдина монографія за всю історію радянської юридичної науки, щодо якої можна припустити (та й то з певними «натяжками»), що її автор таку спробу робив (принаймні він фактично виключав можливість застосування досягнень теорії права з предмета його дослідження, оскільки виділені ним проблеми теорії міжнародного права («мирне співіснування та міжнародне право, сутність сучасного загального міжнародного права, новий тип відносин і міжнародне право, проблеми утворення норм міжнародного права, співвідношення міжнародного права зовнішньої політики та дипломатії, відповідальність держав

тощо» ув'язувались не з теоретичними напрацюваннями в дослідженні природи і сутності права, а «з політичною боротьбою, що відбувається у наші дні у сфері міжнародного права та міжнародних відносин» [7, с. 21; 6]), показали безперспективність такого розвитку праворозуміння.

Хоча слід визнати, що останній підхід викликав інтерес у зарубіжних дослідників міжнародного права: ця праця професора Г. Тункіна була перекладена декількома іноземними мовами (англійською, німецькою, угорською, польською, французькою та ін.), але її автор знайшов підтримку лише у ідеологічно «споріднених» юристів-міжнародників та й ті після розпаду соціалістичної системи відійшли від його концепції. Західні ж автори її не сприйняли від самого початку, зазначивши, що «нова» теорія міжнародного права професора Г. Тункіна нічого нового не дає. Вона або запозичує раніше висловлені західними теоретиками права положення, при цьому в перекрученому вигляді (зокрема, теорію «узгодженої волі» в міжнародному праві з теорією «спільної волі» у Г. Тріппеля; концепцію «загальних принципів права» скопійовано з висновків італійських вчених (Д. Анцелотті, Г. Мореллі), частково запозичено аргументи у швейцарця П. Гугенхейма і француза Ш. Руссо, а особливо — у австрійця А. Фердросса та ін.) [9; 10; 11], або ж переводить правові положення в «сферу сприйняття з суто політичних інтерпретацій» [11, с. 1226] і подається як суто ідеологічна засада.

Як наслідок, ця «нова» теорія міжнародного права не витримала випробування часом: принципи соціалістичного інтернаціоналізму і мирного співіснування, як відомо, відійшли в історію (разом з їх системою міжнародних відносин) і так і не показали себе як принципи права; зникли й «марксистсько-ленінські» нашарування з тлумачення процесу створення норм сучасного міжнародного права, інтерпретації його сутності й юридичної природи; питання відповідальності держав у міжнародному праві частково були вирішені Комісією міжнародного права ООН, яка, акумулювавши всі досягнення в цій галузі в національних системах права і в міжнародному праві, вирішила, що норми про відповідальність держав, які регулюють відносини між рівно суверенними суб'єктами, не є ні цивільними, ні кримінальними, це міжнародні норми, які мають характер *sui generis* [12, с. 21].

Останній висновок є чи не єдиним, який формально збігається з положеннями теорії міжнародного права професора Г. Тункіна. Щоправда, і тут є такі, що не збігаються, нюанси. Скажімо, він вважав, що «усі види відповідальності держави як політичного утворення певною мірою мають політичний характер», і тільки допускав, що «навіть чи можна заперечувати виокремлення матеріальної відповідальності в самостійний вид відповідальності» [8, с. 481], у той час, як матеріальна відповідальність (і відповідне відшкодування матеріальної шкоди) для кодифікованої Комісією міжнародного права ООН «Відповідальності держав за міжнародно-правові діяння» є принципово важливою [12, с. 31–39].

Щоправда, нині й цей висновок професора Г. Тункіна втратив свою актуальність для російської науки міжнародного права. Адже він писав: «Виступ держави, що скоїла правопорушення, проти застосованих щодо неї санкцій слід вважати новим правопорушенням. Це особливо виразно спостерігається на прикладі застосування санкцій Організацією Об'єднаних Націй» [8, с. 482]. Саме так, до речі, сьогодні поводить себе Росія у відповідь на оголошені щодо неї санкції, а прийняття інших санкцій блокує в Раді Безпеки, неправомірно

застосовуючи своє право вето. Втім сучасні російські юристи-міжнародники нині відмовились від концепції професора Г. Тункіна і почали вважати, що Росія діє цілком правомірно. Більше того, його концепцію деякі з них пропонують «відправити в архів», оскільки вона, на їхню думку, не відповідає сучасному міжнародному праву: «Слід сказати, що кардинальна зміна політичної парадигми у світі неминуче тягне за собою зміну і доктринальної парадигми міжнародного права. Для формування сучасної доктрини недостатньо процитувати С. Крилова, Г. Тункіна, Є. Усенко, Ф. Кожевнікова, інших класиків, як померлих, так і живих... Складається нова парадигма міжнародного права, і доктрина не може не слідувати за нею» [13, с. 110].

На цьому прикладі можна побачити, на що перетворюється «нова» теорія міжнародного права, якщо вона розвивається у відриві від загальної теорії права й орієнтується на «політичну боротьбу у сучасних міжнародних відносинах». Політико-ідеологічні постулати в державі можуть змінюватися з приходом кожного нового правителя (президента). Але якщо орієнтуватися на це, то доведеться в кожному з таких випадків формувати свою «теорію міжнародного права».

Та й сам професор Г. Тункін згодом був змушений спростувати чи не всі основні засади своєї теорії міжнародного права, про що свідчить порівняльний аналіз деяких його різночасних поглядів [пор. 8, с. 3–4 і 14, с. 8; 7, с. 9 і 14, с. 9; 8, с. 57–59 і 14, с. 11; 8, с. 36 і 14, с. 13].

Сьогодні В. Путін повторює (щоправда, на пострадянському просторі) деякі хворобливі задуми Й. Сталіна. Але немає жодних підстав вважати, що подібні дії відповідають міжнародному праву або що сентенції стосовно них розвивають чи хоч якоюсь мірою відображають теорію міжнародного права. За великим рахунком, вони не дотягують і до політологічних теорій.

Подібні порівняння «теоретичних» положень «до» і «після» певного політичного курсу держави можна продовжувати. Але за неупередженого підходу можна зробити висновок, що в них немає ні теорії права, ні теорії міжнародного права. Це, швидше, окремі положення з лекції про міжнародне становище з певним ідеологічним задумом. Можна подумати, що за приклад взяті не найкращі праці з теорії міжнародного права чи не особливо обдарованого теоретика цього права. Але це не так.

Професор Г. Тункін був лідером радянських теоретиків міжнародного права, найбільш знаним і рясно цитованим також зарубіжними дослідниками. Можна повністю погодитися з думкою не менш талановитого вітчизняного вченого — професора І. Лукашука, який у виступі на XXXVII Щорічному зібранні Російської асоціації відзначив, що «Григорій Іванович Тункін майже чотири десятиліття посідав місце лідера нашої науки... Григорій Іванович був великим і не в чині і не в званні, а в людському та інтелектуальному вимірі... Заслуга Григорія Івановича полягає в тому, що він багато-чого зробив для створення теорії міжнародного права з урахуванням реалій світу, в якому він жив» [15, с. 9, 10]. Однак фундаментальна проблема полягає у тому, що коли теорія міжнародного права створюється у відриві, «за межами» загальної теорії права, коли вона орієнтується тільки на «реальності світу», а не права (в першу чергу), тоді вона буде змінюватися з частотою змін цих «реальностей».

Отже, висновок такий: теорія міжнародного права має право на своє існування та розвиток (як, скажімо, теорія конституційного права, теорія міжнародного приватного права, теорія права ЄС, теорія цивільного права і т. ін.), однак

для неї — як і для всіх інших юридичних наук — основоположною є загальна теорія права.

Разом з тим й остання має змінити своє ставлення до галузевих теорій, оскільки й донині їхні висновки, які досить часто виконують для неї роль, так би мовити, іграшок на новорічній ялинці. Сьогодні загальну теорію права нерідко також «подають» «з урахуванням реальностей світу». Так, важко визнати розвитком загальної теорії права, коли до підручників із цього предмета механічно пристьобується параграф «міжнародне право», в якому до того ж не зовсім коректно визначається як саме міжнародне право, так і суть його теоретичних досліджень [див., наприклад, 16, с. 106–107]; або ж коли висловлюються й цілком обґрунтовані тези (як, скажімо: «Рішення міжнародних організацій однозначно не входять до складу національного законодавства України» [17, с. 278; 18, с. 272], бо ж такі рішення МОП, як конвенції — після їх ратифікації державою (вона не може навіть висловити свої застереження до них) стають в Україні частиною її законодавства, а Комітет експертів із застосування конвенцій і рекомендацій МОП ще й буде контролювати їх виконання).

Досить часто автори вітчизняних підручників із загальної теорії права віддають данину міжнародному праву лише тоді, коли висвітлюють тему «Права, свободи і обов'язки людини». Так само нерідко чинять і фахівці з конституційного права. Але, якщо змішати їхні наукові напрацювання (не вказуючи авторства), то навіть авторитетні вчені не зможуть встановити, чому один автор вважає, що його бачення прав і свобод людини репрезентує загальну теорію права, а інший — користуючись тими самими положеннями і прикладами — уявляє, що висвітлює основні засади конституційного права, а третій вважає, що все, написане ним, є суто міжнародно-правовим дослідженням. Питання не так ставило б «у тупик», якби не множилися ті самі дисертаційні дослідження, які з однаковим успіхом захищаються в різних спецрадах із різних галузей юридичної науки. Мова йде не про те, що пріоритет на дослідження прав і свобод людини повинна мати якась одна юридична наука, а про те, чому ці дослідження в різних науках є клонами. Не останнє слово тут має бути сказане й загальними теоретиками права, які «без сумніву», скористаються при цьому досягненнями як науки міжнародного права, так і науки конституційного права й інших галузевих юридичних наук.

Але біда нашої юридичної науки не тільки в тому, що ми досить часто не бачаємо різницю у предметах правового дослідження. Нерідко один і той самий об'єкт правового дослідження, який міг би з успіхом вивчатися різними галузями юридичної науки і кожна з них привносила б у пізнання його змістовно щось своє, штучно розривається, і між ними вибудовується своєрідний «китайський мур». Скажімо, проблема загальних принципів права нерідко навіть представниками однієї школи тлумачиться по-різному. Так, сучасний представник харківської школи права професор С. Погребняк до загальних принципів права відносить принцип добросовісності (який передбачає, зокрема, й неприпустимість зловживання правом), принцип справедливості та ін. [19]. А один із засновників цієї школи — академік В. Корецький вважав, що, коли буржуазні вчені називають «позбавлені чіткої визначеності принципи, як-от принципи добросовісності, правосуддя, справедливості, заборони зловживання правом та ін.», то «все це робиться з погано приховуваною метою — відволікти увагу від основних демократичних принципів міжнародного права, підмінити ними демократичні принципи, і більше того — відштовхнутися від цих принци-

пів і навіть спрямувати “загальні принципи права”» [20, с. 166]. Такої ж думки дотримується сьогодні член-кореспондент НАПрН України В. Денисов, який визнає справедливість «критики поглядів західних учених, які намагалися підмінити визнані прогресивні принципи міжнародного права “загальними принципами права”» [21, с. 21].

Відірвавши основні принципи права як об’єкт дослідження загальної теорії права і підмінивши їх принципами міжнародного права, вчені почали під принципами розуміти будь-яке важливе політичне гасло. Не дивно, що й донині ми не можемо навіть назвати, скільки та яких існує сьогодні загальноновизнаних принципів міжнародного права. Не знав цього і законодавець, коли у ст. 18 Конституції України відіслав до загальноновизнаних принципів міжнародного права. У нас скільки дослідників, стільки й таких принципів (їх кількість коливається від п’яти до мало не півсотні). Натомість майже жоден дослідник не розкриває природу й сутність цих принципів. При цьому зазвичай спостерігається зловживання визначеннями-гіперболами, метафорами, їх надуманими неправовими характеристиками (на кшталт: «основний», «основоположний», «фундаментальний», «базовий», «засадничий» і т. ін.). Але ж такі характеристики не розкривають ні юридичної природи названого принципу, ні властивого йому предмета (об’єкта) правового регулювання (бо ж не можна вважати відповіддю на це питання такі загальні фрази, як-от: об’єкт-міжнародні відносини або ж міждержавні відносини, що не заважає вказувати як реально існуючі, так і надумані принципи міжнародного права), ні умов функціонування кожного принципу міжнародного права (скажімо, за яких юридичних фактів починає діяти чи припиняє дію той чи інший його принцип). Досить часто плутаються загальні принципи права; загальні принципи, визнані в національних правових системах; загальні принципи в міжнародно-правових відносинах; загальні принципи права, властиві всім правовим відносинам (і національним, і міжнародним), принципи правової логіки і т. д.

Є ціла низка й інших правових проблем, на які має дати чітку відповідь загальна теорія права. Ось лише деякі з тих, що пов’язані з міжнародним правом: що таке міжнародно-правові стандарти і як їх слід розуміти й застосовувати у національній сфері; яке має бути ставлення до національно-правових положень, стосовно яких виробляється автономне значення в галузях міжнародного права, і навпаки; якими критеріями та ознаками має володіти суб’єкт права в національному і міжнародному праві (поки що в цьому питанні панує доктринальна неоднозначність). Йдеться, отже, про те, що сьогодні мають бути істотно трансформовані як змістовна наповненість, так і структура загальної теорії права — причому і як науки, і як навчальної дисципліни. Нині вона (принаймні у вітчизняному вимірі) продовжує сповідувати переважно естатичні засади і легістсько-позитивістські підходи.

Тут слід зважено й всебічно підходити до висловлюваних пропозицій стосовно того, що має бути основоположним для загальної теорії права: чи «основи загальної теорії прав людини як неодмінний підрозділ... навіть концептуальне ядро вітчизняної загальної теорії права та держави» (як це пропонує академік НАПрН України П. Рабінович), що — як видається — несе відтінок дещо механічного розширення об’єкта (предмета) цієї науки, чи те (його ж таки пропозиція), що саме людина має стати центральним об’єктом загальнотеоретичного праводержавознавства, а його правові властивості та їх державно-правове забез-

печення «поступово перетворяться на найважливішу складову предмета цієї науки» [22, с. 21, 22].

Аргументи, висловлені в ході згаданої дискусії О. Тарасовим у його дослідженні «Правова персонологія: досвід побудови загальної концептуальної основи національного та міжнародного права», а особливо в монографії «Суб'єкт міжнародного права: проблеми сучасної теорії» (Х. : Право, 2014. — 512 с.) показують переваги другого підходу [див.: 23, с. 276–282].

Але, на жаль, вчених, які сповідують таке бачення загальної теорії права і теорії міжнародного права, у сучасній вітчизняній юридичній науці не так вже й багато. Переважна більшість, як і раніше, тримаються берега етатичного, позитивістського мислення і, мабуть, із жахом допускають, що їх може відірвати від цієї пристані у море «загальноправової персонології».

Дискусія також показала, що сьогодні ми більше схильні до поділу предметів дослідження галузевих юридичних наук, ніж до визначення концептуального ядра кожної із існуючих. Так, при всій повазі до позиції професора В. Муравйова (на якого посилаються деякі учасники дискусії), право ЄС не може існувати й функціонувати «як незалежне від міжнародного та внутрішнього права держав-членів» [24, с. 284], так само як не може міжнародне право нині ефективно функціонувати без внутрішньодержавного (національного), і навпаки. Якби так було, то не робилося б стільки заходів (спроб) до прийняття основоположних документів щодо права ЄС. Формування нових міжнародних правопорядків цілком можливе на перспективу; але це не означає, що вони будуть незалежними від міжнародного права (від суб'єктів цього правопорядку) чи від внутрішньодержавного права.

Не можна не погодитись із професором В. Оксамитним у тому, що «форми міждержавних союзів мали місце у практиці міжнародного спілкування й у минулому, стаючи предметом теоретичних узагальнень» [25, с. 288]. Кожний із таких випадків становить свою особливу складність для теоретичного узагальнення, але він не міг випадати з предмета дослідження загальної теорії, а тим більше вести до створення «власної загальної теорії права». Ще Г. Єллінек зазначав: «З'єднані держави є також за загальним правилом більш складними типами, ніж прості держави. При детальній систематичній класифікації необхідно було б у зв'язку з цим створити ще значно більше підрозділів, ніж при класифікації простих держав, і при цьому жодне індивідуальне утворення не підходило б у всіх напрямках під загальний шаблон... Важлива передусім відмінність між організованими та неорганізованими з'єднаннями залежно від того, чи знаходить об'єднання держав свій вираз в особливих державно-правових або міжнародно-правових органах, чи таких органів взагалі не існує. Далі, відмінність між з'єднаннями міжнародно-правовими, заснованими на договорі або угоді, та державно-правовими, заснованими на відносинах панування. Перші засновані або на принциповій рівності об'єднаних держав, котрі це з'єднання не підкорюють ніякій вищій владі, або ж встановлюють такі договірні обмеження на користь іншої держави, що відповідна держава стає якщо не юридично, то політично залежною» [26, с. 549].

Тут цей відомий теоретик права (і держави) не тільки показав складність проблеми, а й дав ключ для її вирішення. І все це запропоновано в рамках загальної теорії права і держави. Єдине доповнення, яке вніс час у його схему, — це те, що об'єднання можуть встановити такого роду договірні обмеження дер-

жав-членів на користь усіх членів (але не однієї держави), застосувавши ще один критерій, який отримав назву «наднаціональний». Підхід Г. Єллінека як не заперечує необхідності теоретичного дослідження особливостей «міжнародно-правового» і «державно-правового» характеру, так і не спонукає до непотрібної фрагментації таких досліджень.

Саме такий підхід до проблеми вбачається в пропозиції професора П. Рабіновича: виділяти — залежно від предмета дослідження — універсальну теорію права, загальну теорію національного і загальну теорію міжнародного права [1, с. 247]. Тут хіба що можна подискутувати стосовно термінів. Ймовірно, є можливим користуватися такими термінами, які він пропонує у своїй статті; а можна і так, як він їх визначає в назві статті, а саме: універсальна (ми більше звикли до «загальна») теорія права, теорія національного права і теорія міжнародного права. І питання має стояти не про «можливість», а про необхідність такої спільної концептуальної основи. Тут важко не погодитись із твердженням професора М. Дамірлі: «Теорія в широкому розумінні — це система узагальнених наукових положень, тверджень, ідей, принципів, абстрактних понять, спрямованих на пояснення і розуміння явищ певної сфери дійсності, що утворюють певну науку, сферу наукового знання або її розділи. Утім у системі будь-якої науки теоретичне знання є багатоплановим утворенням, в якому виділяють різні рівні, відсіки цього знання. У правовій науці теорія у широкому розумінні — це насамперед загальна теорія права як наука, як система загальнотеоретичних правових наукових знань. Очевидно, професор П. Рабінович, говорячи про універсальну (загальну) теорію права, має на увазі саме цю сферу науково-правового знання, а не теорії права у вузькому сенсі, хоча і вони за характером є загальними і входять до складу загальної теорії права як науки» [27, с. 268].

У такому контексті ніщо не заважає в рамках теорії національного права досліджувати всі плюралістичні варіанти його функціонування: внутрішньодержавне (унітарне, федеративне, конфедеративне), двосистемність (наприклад, квебекський варіант), конгломеративний, композиційний (наприклад, право ЄС), подвійні правові порядки з окремих правових інститутів (наприклад, на Маврикії щодо шлюбу, в Ізраїлі щодо шлюбу і розлучення, в Шрі-Ланці — щодо власності та зобов'язань і т. д.), змішані та гібридні правові системи і, звичайно, уніфіковані правові системи, які репрезентує, зокрема, українське право.

У рамках теорії міжнародного права можна виділити свій плюралізм, витокami якого є обмеження дії норм міжнародного права для певної групи (кількості) держав з огляду на їх належність до певного регіону, певних спільних історичних традицій і т. ін. Тут мова може йти, скажімо, про мусульманське міжнародне право, європейське міжнародне право, знову-таки право ЄС (ніщо не заважає вченим досліджувати його національно-правові та міжнародно-правові аспекти), так зване право нерегіональних груп (у рамках Організації країн — експортерів нафти, Організації економічного співробітництва та розвитку, СОТ та ін.) і т. д. У рамках сучасного міжнародного права прикладів плюралізму можна знайти не менше (якщо не більше), ніж у національно-правових системах. Усі вони формують правові, регіональні та інші особливості сучасного міжнародного права, але не слід забувати, що вони, хоч і формують своєрідну частину, але все ж таки частину, а не ще одне окреме право.

Коли учасники дискусії вважають, що сьогодні ми повинні говорити не про два різновиди права (право національне і право міжнародне), а про три («сучас-

на правова теорія і практика окремо виділяє і доповнює в цьому переліку ще один елемент та різновид існування сутності права — право Європейського Союзу» [21, с. 284]), то можна не сумніватися, що завтра з'являться прихильники таких «нових» видів права, як: міжнародне приватне право, транснаціональне право (до речі, такі пропозиції вже висловлювалися у цій дискусії), сучасні системи релігійного (міжнародного й національного) права і т. д.

Сьогодні мало хто, мабуть, стане ставити під сумнів наявність особливих властивостей права ЄС. Та й автори, на підтвердження їх пропозиції, посилаються на рішення Суду ЄС у справі «Ван Генд енд Лоос», яким, на їх думку, у Співтоваристві створено «новий правопорядок міжнародного права». Але вони не звернули уваги на те, що Суд ЄС говорить про правопорядок міжнародного права, а такі правопорядки в сучасному міжнародному праві не завершуються на ЄС. Для позиції авторів, можливо, краще було б послатися на рішення цього ж Суду в справі «Коста проти ЕНЕР», в якій він більш категорично заявив, що Договір ЄС «створив його власний правопорядок». Але це нічого не змінює, бо ж ідеться хоч і про правопорядок «власний», але існуючий не поза межами сучасних систем міжнародного і національного права, а в рамках останніх.

Справді, право ЄС має свої особливості (більша частина його вироблена заходами, схваленими органами ЄС; це право прямо застосовується в рамках національних правопорядків держав-членів; воно має примат перед нормами національного права, які суперечать йому; правила інтерпретації (тлумачення) права ЄС напрацьовані органами ЄС, у першу чергу його Судом, та ін.), що дає підстави говорити про його певну автономність. Але вона ніколи не була і не може бути абсолютною. Про автономність цього права можна говорити лише в деяких аспектах його функціонування: особливі джерела права, особлива взаємодія з національним правом держав-членів, певна особливість інституційних механізмів і рамок їх функціонування як змісту правових норм та ін. Але коли мова піде про всі сфери функціонування сучасного міжнародного права, то на свої особливості можуть вказати й інші об'єднання держав, зокрема: в рамках Ради Європи — особливий автономний правопорядок прав людини, який розвивається на спільній спадщині традицій та більш тісно, ніж в інших регіонах, взаємодіє з національним правом держав-членів (однак все ж не так, як у рамках ЄС); тлумачаться і основні правові стандарти, які формулюються Європейським судом з прав людини (хоча останній залишається субсидіарним органом щодо національних судових систем) та ін.; окремі регіональні об'єднання більш ефективно, ніж в універсальному міжнародному праві, забезпечують на правовому рівні питання міжнародного приватного права, патентного права, кримінального права, міжнародних аспектів адміністративного права та ін.

Жодна із таких регіональних, локальних чи функціональних підсистем не може в своїй правотворчості і правозастосуванні обійти (не кажучи вже про порушення) основоположні принципи міжнародного права, норми *jus cogens* і зобов'язання *erga omnes partes*, Статут ООН і т. ін., тобто їх особливий розвиток не може підривати основні засади сучасного міжнародного права¹. За великим

¹ Детальніше див.: *Official Records of the General Assembly, Fifty-Fifth Session, Supplement № 10 (A/5510)*, chap. IX. A. 1, para 729; Gerhard Hafner. Risk Ensuing from Fragmentation of International Law. — *ibid.* Annex, p. 321; *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law.* — *ibid.*, fifty-seventh session, Supplement № 10 (A / 57/ 10), chap. IX. A. paras 492-494, 511; Bruno Simma *Function and scope of the lex*

рахунком, вони є складовими того глобального правового порядку, який має бути предметом дослідження загальної теорії права. Можна погодитися з думкою професора Г. Мальцева щодо сфери правового порядку, якщо її не дробити, а брати в цілому як предмет дослідження загальної теорії права: «Сфера правового порядку знаходиться над більшістю інтересів, носіями яких є особистості, сім'ї, племена, общини, нації, народи тощо» [28, с. 26]. (Більш образно те саме зазначав А. Троллер: «Правовий порядок, якщо розглядати його в цілому, нагадує велику глобальну п'єсу, в якій нації, провінції, округи, села і, особливо, індивіди розігрують сцени, написані національними і міжнародними законодавцями» [29, с. 15].) За таким баченням права і правопорядку вже виділення міжнародного і національного права робиться для зручності осягнення права, їх природи і сутності, а не тому, що вони вже так сильно розрізняються між собою (хоч тут при бажанні «настібати» особливостей можна дуже багато, над чим вельми плідно попрацювала колись радянська наука міжнародного права).

Отже, не заперечуючи важливості розвитку окремо теорії національного права, теорії міжнародного права (як, до речі, і теорії права ЄС, — а чому б ні?), теорій окремих галузей і інститутів права, слід мати на увазі, що всі такі окремо системні, галузеві, прикладні теорії права мають базуватися на основоположних постулатах загальної теорії права, яка, у свою чергу, не може розвиватися без врахування досягнень таких теорій, що досліджують загальносистемну чи галузеву природу, сутність і особливість права.

І ще одне. Загальна теорія права не може замикатися на суто правових досягненнях — так можна дійти лише до пропаганди неопозитивізму в праві. Досягнення філософії права, енциклопедії права, історії правових вчень, які значною мірою ми «загубили» на радянських правових просторах, а сьогодні пробуємо відродити (хоч і не зовсім вдало), не можуть ігноруватися фахівцями загальної теорії права.

Як показує аналіз, кращі дослідження з міжнародного права були зроблені науковими авторитетами, в тому числі й у галузі загальної теорії права і філософії права, або тими юристами-міжнародниками, які добре володіли теорією права, бездоганно знали галузеві наукові напрями [див., наприклад, 30–32; 33–34; 35–37; 38–40]. Більше того, до періоду Другої світової війни найбільш знані фахівці в галузі загальної теорії права були, зазвичай, «законодавцями» й у галузі теорії міжнародного права. Сьогодні мало хто не погодиться з тим, що роботи відомого теоретика й історика права професора П. Виноградова продовжують залишатися в багатьох випадках відправними у з'ясуванні складних проблем загальної теорії права і порівняльного правознавства, а в науці міжнародного права він залишається неперевершеним авторитетом у теорії та історії міжнародного права [див., наприклад, 41–42]. Видатного основоположника теорії міжнародного права професора Г. Гурвіча небезпідставно вважають одним із основоположників соціології права, талановитим дослідником філософії права і загальної теорії права [див., наприклад, 43–45].

speciales rule and the question of «self-contained regimes». — *ibid.*, para 512; *Martti Koskenniemi*. Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of the International Law. — General Assembly Distr. Limited. A/CN. 4/L. 682, 13 April 2006. International Law Commission. Fifty-eighth session, Geneva, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006. Report of the Study Group of International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi, та ін.

Узагалі в дорадянський період вважалось поганим прикладом читати студентам міжнародне право, не пов'язуючи його зміст із положеннями загальної теорії права, галузевих юридичних дисциплін, а тим більше — не знати їх. Досить часто викладачі читали то міжнародне право, то енциклопедію права, то загальну теорію права, то філософію права, то курс із конкретної галузі права. Вже згаданий професор В. Незабитовський викладав, крім міжнародного права, фінансове право; професор О. Ейхельман — міжнародне право й конституційне право; професор М. Іванішев — міжнародне право, закони державного благоустрою і поліцейське право; професор М. Ренненкампф — міжнародне право й енциклопедію права; професор В. Даневський після викладання міжнародного права почав читати студентам кримінальне право, а професор П. Казанський успішно поєднував дослідження й викладання міжнародного публічного права з міжнародним приватним правом, адміністративним і конституційним правом.

У той період існувало загальне переконання, що міжнародне право не можна досліджувати принаймні без використання положень загальної теорії права. Такий підхід спробували підтримати й окремі вчені перших років радянської влади. Найбільшого успіху в цьому досяг вітчизняний вчений М. Лозинський, який, будучи визнаним фахівцем у галузі теорії права, конституційного права, досить вдало використав ці свої знання і в дослідженні проблем міжнародного права [див.: 46–48]. До незаперечних заслуг цього фахівця можна віднести те, що він першим у радянській науці міжнародного права запропонував систему цієї науки (як і систему навчального курсу «міжнародне право») [див.: 49], якими користуються, з незначними змінами, і сьогодні.

До нього робилися три спроби формування таких систем. Перша — професором Є. Коровіним [50]: він досить оперативно відреагував на події Жовтневої революції 1917 р. і запропонував систему міжнародного права, розроблену цілком на ідеологічних і політичних засадах: навіть, здавалось, суто правові теми (держава як суб'єкт права — с. 28–60, органи міжнародних зносин — с. 61–71, міжнародні договори — с. 72–107, основні проблеми права війни — с. 108–134) були викладені ним як, так би мовити, ідеологічні агітки; але вже в цьому підручнику виявилася схильність максимально змінити спрямування міжнародного права від загальної теорії права в напрямі політології (яку, до речі, в той час радянська доктрина не визнавала). Праця цього вченого активно обговорювалась в Україні (Харків), Росії та за кордоном (Німеччина, Франція, Великобританія та ін.). У Радянському Союзі її визнали як шкідливу, реакційну та заборонили на неї посилалися — причому не тому, що він відійшов від теорії права, а через начеби невірні розставлені ідеологічні акценти; а за кордоном — як поверхове, неюридичне дослідження, не варте уваги в серйозних працях. У другій своїй спробі (курс Є. Коровіна було опубліковано в розпалі дискусій стосовно першого видання його книги) автор намагався врахувати критичні зауваження щодо його бачення природи міжнародного права; але мета, яку він собі поставив («унікати теоретично наукових дискусій... розробляти в курсі марксистсько-ленінський підхід до історико-правового матеріалу» [51, с. 31]), зумовила його відхід від власне права (основних його засад, принципів і норм) у бік політики та характеристики міжнародного становища (з окремих тем курсу). А тому, хоч назви глав у цьому виданні виглядали як традиційно міжнародно-правові, проте ці глави були по суті короткими довідками з діяльності держав у певній сфері до існування СРСР і після його утворення. Після того, як

один із основоположників радянської теорії права професор Є. Пашуканіс у своїй монографії [див.: 55] спробував показати, що Є. Коровін плутається в елементарних поняттях теорії права і, враховуючи те, що критик тоді був директором Інституту радянського будівництва і права при Комуністичній академії та головним редактором провідних юридичних журналів, про підручники і запропоновані Є. Коровіним системи міжнародного права враз забули. Та й сам він, визнавши критику на свою адресу слушною, більше на них не наполягав.

Другу спробу розробити науково-практичний підхід до вивчення і дослідження природи й сутності міжнародного права було зроблено професором В. Грабарем. Стимулом до цього для нього послужив вихід праці Є. Коровіна, в якій був відсутній суто правовий аналіз міжнародно-правових проблем. Як він підкреслив у передмові до своєї книги, «робота Є. Коровіна “Міжнародне право перехідного часу”... ще більше підкреслює необхідність у керівництві, що відобразило б усю систему міжнародного права, як вона практично склалася в наш час і застосовується у відносинах західних держав як між собою, так і з СРСР» [52, с. 3]. За основу він взяв широко відому працю австрійського вченого професора Ф. Ліста (а він, до речі, до публікації останньої спеціалізувався в галузі кримінального права), який, сповідуючи позитивізм у праві, чи не найбільш послідовно на той час керувався загальними засадами права в міжнародному праві, а також досягненнями галузевих теорій (особливо науки кримінального права).

Це було чи не найперше видання в Радянському Союзі, в якому міжнародне право досліджувалось саме як право, а не як інструмент політики чи ідеології. Автори дуже багато корисного запозичили із загальної теорії права, конституційного, цивільного, адміністративного, кримінального та інших галузей національного права. І зробили це не як компіляцію відповідних прикладів, а як вияв внутрішньо невід'ємних певних правових властивостей означених правових явищ. Утім у цій книзі розглядались практично всі питання на кшталт: чи є міжнародне право правом? Головним недоліком дослідження була відсутність у ньому будь-якої системи. Автори могли розглядати міжнародно-правову дієздатність і тут же переходили до питань державної території; згодом переключались на міжнародні правові відносини; потім розкривали тему судноплавства; далі звертались до законодавства й судочинства і знову повертались до міжнародно-правових відносин (але вже в умовах війни) і т. д.

Та навіть таке сумбурне бачення міжнародного права не виключало можливості — у разі вироблення стрункої системи — перейти до дослідження міжнародного права саме як права, а не як політичних забаганок держав. Однак цього не сталося. Боротьба в СРСР із космополітизмом «викинула за борт» Ф. Ліста разом із його підручниками. В. Грабаря (як і Є. Коровіна) вкрай критично розглядали під час дискусії в Московському державному університеті ім. М. Ломоносова на тему «Про буржуазний вплив у радянській міжнародно-правовій літературі» (яка відбувалася там із 3 грудня 1929 р. по 10 січня 1930 р.) і їх було названо «явно не марксистами», провідниками буржуазної ідеології, «махровими представниками буржуазно-правової думки» і навіть «буржуазними теоретиками» [53, с. 171–173; 54]. Отже, про підтримку нового для радянської юридичної науки підходу до дослідження міжнародного права, запропонованого Ф. Лістом — В. Грабарем, вже не могло бути й мови.

Нарешті, третю спробу здійснив уже згадуваний професор Є. Пашуканіс. Він так захопився цією сферою юридичної науки (навіть мріяв створити радян-

ську асоціацію міжнародного права), що вважав її чи не єдиною, де можна втілити й розвинути його ідеї, висловлені у книзі «Загальна теорія права і марксизм: спроба критики основних юридичних понять» (див.: [58])¹. Там він критикував не тільки системи Ф. Ліста — В. Грабаря, Є. Коровіна, а й навіть свої попередні праці (зокрема, цей теоретик стверджував: «той факт, — ніби вибачався він, — що радянська держава користується інститутами міжнародного права у своїх взаємовідносинах із капіталістичним оточенням, додає міжнародному праву цієї епохи особливої нової якості. Однак ця особлива якість, це нове значення міжнародного права абсолютно не полягає в тому, що воно “стає формою тимчасового компромісу між двома антагоністичними класовими системами” (див. мою статтю “Міжнародне право” в “Енциклопедії держави та права”, де розвивається цей неправильний погляд). Якраз навпаки, основне й головне полягає в тому, що міжнародне право в епоху загальної кризи капіталізму стає однією з форм, в якій точиться боротьба двох систем» [55, с. 17–18]).

Судячи з його намірів, які неважко простежити в його публікаціях [див., наприклад: 56–57], він мріяв сформулювати на основі загальної теорії права марксистську теорію міжнародного права. Але «занурившись» у марксизм, професор Є. Пашуканіс відійшов від власної теорії права і висловив лише імператив, що право — це боротьба. Сам, вочевидь, того не бажаючи, він «вирвав» міжнародне право зі сфери права і перетворив його на засіб класової боротьби: «Міжнародне право неможливо розглядати поза політикою. В епоху імперіалізму міжнародне право є однією з форм одного із засобів, за допомогою якого імперіалістичні держави здійснюють боротьбу між собою, закріплюють розподіл здобичі, тобто територій і надприбутку» [55, с. 9]. Однак там, де проголошуються ідеологічні гасла і політичні домагання, голос права затихає. Професору Є. Пашуканісу не

¹ Досить оригінальною його ідеєю, як на той час, було бачити першооснову становлення і розвитку міжнародного права не у війні та правових засобах її ведення і приборкання (право війни тоді становило основу, більшу частину міжнародного права), а у торгівлі. До цього висновку його привело бажання знайти у праві таку першооснову, яку Маркс виділив в економіці («Маркс, як відомо, починає своє дослідження не з суджень про господарство взагалі, а з аналізу товару та цінності... Аналогічні міркування можна цілком застосувати в загальній теорії права... Наскільки відносини окремого виробника в суспільстві продовжують зберігати форму еквівалентного обміну, настільки вони продовжують зберігати і форму права. Адже “право за своєю природою є лише застосуванням однакового масштабу”») (див.: [58, с. 11, 17]).

Питання сутності обміну товаром неминуче вивели його на зовнішню торгівлю, і тут він бачить, що війна в принципі суперечить основам взаємин народів («Стан миру стає необхідністю там, де обмін набуває характеру регулярного явища. У тих випадках, коли для збереження миру було надто мало передумов, ті, хто здійснював обмін, вважали за краще не зустрічатися один з одним, а оглядати товари тоді, коли інший відсутній. Проте взагалі торгівля вимагає, щоб зустрічалися не лише товари, а й люди... Тільки звичай гостинності давав можливість зносин із чужими племенами. У феодальній Європі церква робила спроби обмежувати безперервні, часті війни, проголошуючи на певні строки так званий Божий мир. У той самий час особливими привілеями у цій частині стали користуватися ярмарки та місця торгу. Купці, які слідували на ярмарок, отримували особливі *sauf conduit*, їх майно гарантувалось від свавільних захватів; водночас виконання умов контрактів забезпечувалось особливими судами. Так створювалося особливе *ius mercatorum*...») (див.: [58, с. 98–99]).

У такий спосіб він, очевидно, хотів розкрити суть марксистського погляду на загальну теорію права й на її складові: теорію міжнародного права, теорію міжнародного приватного права та ін. Але марксизм він розумів досить своєрідно («Ми, швидше, можемо зрозуміти послідовного неокантіанця Кельзена, який стверджує нормативну, тобто чисто розумову, предметність держави, викидаючи за борт не лише речово-матеріальні елементи, а й реальну людську психіку. Проте ми відмовляємося зрозуміти марксистську, тобто матеріалістичну, теорію, яка прагне оперувати виключно суб'єктивними переживаннями») (див.: [58, с. 32]), що згодом і буде йому поставлено у вину.

вдалося створити теорію міжнародного права, а згодом він був оголошений А. Вишинським «шкідником у марксистській теорії права»¹ і майже через рік після виходу його основної праці з теорії міжнародного права був репресований і розстріляний.

Після цього будь-які спроби розвивати теорію міжнародного права на основі загальної теорії права не робилися практично до початку 50-х років минулого століття. Саме тоді спочатку здійснювалась спроба сформуванню нову радянську систему міжнародного права [див.: 60–61; 62–63; 64–65; 66; 67; 68]. Автори перших повоєнних підручників із міжнародного права [69; 70] запозичили систему, розроблену М. Лозинським, але без будь-якого посилання на нього: спочатку тому, що на репресованих не годилося посылатися (він був розстріляний у 1937 р.), а згодом тому, що юридична громадськість вже нібито сприйняла цю систему як власну. Різниця лише в тому, що М. Лозинський розглядав систему міжнародного права як права, а автори, які її в нього запозичили, — як систему зовнішньої політики та міжнародних відносин.

Саме тоді відбулася дискусія з питання, якою має бути теорія міжнародного права. До цього, буквально до останнього передвоєнного року, радянська доктрина міжнародного права, незважаючи на майже повне ототожнення його із зовнішньою політикою й міжнародними відносинами, ще не поривала його відносин із національним правом. (Так, в опублікованому у 1940 р. підручнику «Теорія держави і права» професори С. Голунський і М. Строгович писали: «Міжнародним правом зветься сукупність норм, що закріплюють взаємовідносини між державами. У системі права міжнародне право посідає особливе місце та є немовби не правом окремої держави, а “міждержавним” правом... Міжнародно-правові договори СРСР із капіталістичними державами закріплюють і взаємні права й обов'язки. Оскільки в цих договорах виражаються ті політичні принципи, що провадить СРСР та які знаходяться в основі політики СРСР, міжнародне право має бути включене в систему радянського права як його галузь, хоча у встановленні його норм бере участь не лише СРСР, а й капіталістична держава, з якою укладається угода» [71, с. 301–302]), ще хоч якоюсь мірою шукала для теорії міжнародного права місце в загальній (радянській) теорії права, то вже в перші повоєнні роки в ході згаданої дискусії ідеологія і політика все ж відтіснили суто правові аргументи. Різницю в підходах можна вбачати й у тому, що в довоєнний період міжнародне право часто ототожнювалось із джерелами радянського конституційного права (зокрема, у книзі «Історія радянської Конституції в декретах і постановах Радянського уряду. 1917–1936 (АН СРСР. М. : Рад. законодавство, 1936), а міжнародні договори одночасно

¹ Взагалі-то А. Вишинський відкидав теорію права Є. Пашуканіса не шляхом наукового аналізу її положень, а наклеюванням політично і морально принизливих ярликів (див.: [59, с. 30–37]). Здавалося, що після реабілітації Є. Пашуканіса судом, його реабілітують і в науці, адже його теорія міжнародного права подавалася досить своєрідно, крізь призму його бачення загальної теорії права. Але цього не сталося (тут не йдеться про те: справедливо чи ні). У дослідженні його міжнародно-правових ідей лише було зазначено, що він не розумів, «що власне боротьба на міжнародній арені не може не включати в себе компромісів», що він, «хто багато зробив для розвитку радянської правової думки, зраджує... діалектичний підхід» і що його точка зору нібито «окремі компроміси... не впливають на нову якість міжнародного права...», є помилковою (див.: [54, с. 172–173]). А шкода. Цікава спроба розпрацьовувати теорію міжнародного права в контексті загальної теорії права, навіть якщо вона в чомусь була помилковою, заслуговує на більшу увагу вчених — особливо сьогодні, коли дискутується питання про місце теорії міжнародного права в загальній теорії права, про їх співвідношення.

називались «декретами і постановами Радянського уряду» — див. с. 143, 172, 180, 202 та ін.); а міжнародним договорам відводилась роль головного ідеологічного і політичного тиску всередині країни [72, с. 6]).

У післявоєнний же період радянська теорія міжнародного права створювала ті самі фантоми, але вже у сфері міждержавних відносин і з трохи зменшеною ідеологічною напругою.

Фактично означена дискусія щодо сутності теорії міжнародного права звелася до того, що ця теорія почала розбудовуватися з ігноруванням достатньо переконливих положень загальної теорії права, а відірвавшись від її «берегів», учені у «вільному плаванні» почали придумувати все, що було потрібно радянським урядовим колам (як, наприклад: «Сукупність нових — соціалістичних за своїм класовим характером — норм потребує нового визначення цього соціалістичного міжнародного права, що зароджується, та вже частково створеного протягом десятиліття (1944–1954)» [62, с. 75]).

Сьогодні, коли ми пропонуємо нові системи міжнародного права (як і нові теорії міжнародного права), маємо пам'ятати приклад цієї дискусії, як і те, до чого можуть призвести міжнародно-правові «перехльости», штучний відрив теорії міжнародного права від загальної теорії права, і навпаки.

Утім, думається, нинішню дискусію не слід обмежувати лише питанням про співвідношення загальної теорії права й теорії міжнародного права. Існує не менш нез'ясованих питань і щодо наукового навантаження філософії права, філософії міжнародного права, енциклопедії права й енциклопедії міжнародного права, історії правових вчень та історії міжнародно-правових вчень (як і їх «міждисциплінарної» взаємодії та взаємодоповнення на ниві плюралістичного праворозуміння та розвитку права). Як показує аналіз вітчизняних досліджень цих наукових напрямів (йдеться насамперед про всю гамму взаємодій, підходів до дослідження права на рівнях: загальна теорія права, системні галузеві та «інститутські» теорії права, філософія права (з її розгалуженнями), енциклопедія права з її складовими, історія правових вчень (із її внутрішніми підрозділами) і т. д.)), така постановка питання у нас ніколи не існувала. А тому важко сказати: чи започаткування такого роду досліджень призведе лише до еклектичного множення «наук про право», чи справді відкриє нові можливості для пізнання природи й сутності права.

Поки що можна зустріти дещо скептичне ставлення навіть щодо наукової самодостатності філософії права та енциклопедії права.

Так, аналізуючи ці питання на рівні співвідношення філософії й загальної теорії права, професор М. Козюбра зазначає: «Філософія права ж не може претендувати на статус науки не тому, що їй нічого вивчати, а тому, що наука вивчає світ, з якого попередньо виділений суб'єкт» <...>, чого не можна сказати про філософію права, метою якої «є позиція, певне світоглядне осягнення предмета; вона завжди виявляється продуктом особистої творчості. На цій підставі деякі автори роблять висновок, що філософія права — не наука, а ідеологія, що прагне опертися на “основание и обоснование”». Ці думки цитованих авторів він підсумовує таким чином: «Філософським роздумам про право немає кінця. Вони продовжуватимуться доти, доки існуватиме право. Отже, своє значення окремої форми світосприйняття, відмінної від науки. <...> Вона, на відміну від наукової аргументації, опирається не стільки на безспірні факти, скільки на переконливість думки. Це створює сприятливе поле для виникнення нових ідей

і формулювання на їх основі нових концепцій, доктрин тощо» [73, с. 110, 113, 114]. Такий висновок чомусь нагадує клуб за інтересами, в якому філософи права виробляють навик перекопувати інших у правоті власної позиції (щоправда, такі вправи розраховані на легковірних, оскільки дискутуючі суб'єкти можуть використовувати для переконань і не безспірні факти; очевидно, тут роль гіпотези в науці невисоко цінується — вона має оперувати лише аксіомами). Так можна перевести філософію права і в складові риторики, бо ж її вважають все ж таки наукою, однак лише такою, яка вчить методам переконувати.

Утім не слід плутати (і нам в обговоренні розглядуваної проблеми також) дискусію як форму наукового пошуку з дискусією задля самої дискусії, метою якої є утвердження власних чи таких, яким суб'єктивно віддається пріоритет, світоглядних установок. Переважна більшість сучасних дискусій з приводу філософії права [див.: 74; 75] (щодо предмета, методу, функцій та ін.) виникла не стільки через бажання переконати у своїй думці чи утвердити своє праворозуміння, скільки внаслідок намагань визначити «той феномен, який кваліфікується як “право” чи як “правова реальність»» [75, с. 60]. Це є особлива форма суспільного усвідомлення як природи права, пізнання його сутності та засадничих принципів функціонування, так і ставлення суспільства до нього. І якщо перевести такі критерії в завдання науки філософії права, то стане очевидним, що зводити філософію права до функції пошуку переконливих думок, створення “сприятливого поля для виникнення нових ідей і формулювання на їх основі нових концепцій, доктрин”, як і до сприяння “звільненню суспільства в цілому і правознавства зокрема від диктату застарілих догм” (“санітарна функція”. — В. Б.), стимулювання формування у майбутніх правників нового правового світогляду» [73, с. 114] («пропагандистська функція». — В. Б.), є суто утилітарним підходом до ролі цієї науки і до визначення її завдань.

Не менш песимістичну роль відводить професор М. Козюбра й енциклопедії права: «Хоча на певному етапі свого розвитку енциклопедія права почала тлумачитися як загальне вчення про право, що охоплює весь зміст правознавства, тобто як перша загальнотеоретична юридична наука, однак таке розуміння енциклопедії права так і не стало домінуючим, оскільки виходило за межі етимологічного змісту енциклопедії як конспективного викладу кола наук... (у правознавстві — його стислому огляду), необхідних для подальшої освіти. Тому енциклопедія права фактично лишилася навчальною дисципліною, вступом до правознавства» [73, с. 110].

Очевидно, тут не слід списувати з рахунку, з якого словника береться за основу етимологічне визначення. Якщо тлумачний словник, на який посилається професор М. Козюбра, говорить про енциклопедію як конспект кола наук, стислий огляд усього правознавства, необхідний для подальшої освіти, то київський проект виділяє в ній як основне не конспект, саме науковий характер (це «науковий довідник, що об'єднує найістотніші відомості з усіх галузей знань чи якої-небудь однієї галузі, розміщений в алфавітному або тематичному порядку» [76, с. 264–265]). Перше тлумачення є буквальною (*enkuklios* — все навколо + *paideia* — освіта), а друге — виділяє науковий характер. Скепсис професора М. Козюбри можна зрозуміти, оскільки сучасні вітчизняні спроби відродити енциклопедію права фактично обмежуються виданнями, що нагадують юридичні словники та довідники біографій (у т. ч. і тих людей, які до правознавства не мали стосунку). Коли ж йдеться про правознавство, то обмежуються лише дата-

ми життя авторів, їх посадами і назвами кількох їхніх публікацій. У розумінні суті енциклопедії права такі публікації, швидше, слід віднести до словників юридичних термінів і біографічних довідників.

Разом із тим зарубіжні напрацювання в цій сфері показують, що енциклопедія права може бути окремим напрямом юридичної науки (причому не тільки необхідною в навчальному процесі навчальною дисципліною), а й напрямом, важливим для тих вчених, які мають знати останні досягнення науки право на загальному і на галузевих рівнях. Прикладом такої енциклопедії є, скажімо, наукове дослідження (саме так, а не навчальна дисципліна), яке здійснили в рамках Інституту Макса Планка з порівняльного правознавства і міжнародного права понад 450 вчених із різних країн світу. Йдеться про «Енциклопедію міжнародного права», дванадцять томів якої вийшли друком у 1981–1990 рр. і п'ять томів — у 1992–2003 рр. [див.: 77], яку вважають золотим фондом сучасної науки міжнародного права. Це саме енциклопедія, а не теорія міжнародного права, не філософія міжнародного права і не історія міжнародно-правової думки. У більш як 1300 наукових дослідженнях охоплено практично всі галузі сучасного міжнародного права, показано досягнення науки у цій сфері на період переходу з ХХ у ХХІ ст. Як пояснюють автори у Передмові до цієї енциклопедії, вона «прагнула розкрити і пояснити досягнення як у традиційних, так і в нових аспектах, нормах та інститутах міжнародного права. Розкрити його основоположні принципи й норми регулювання в різних сферах міжнародного права, включно до результатів найбільш важливих рішень міжнародних судів і арбітражів. Вона також містить статті стосовно усіх головних міжнародних організацій, окремих держав і статусів територій, щодо яких виникають суттєві питання в міжнародному праві, особливо, коли вони заторкуються в міжнародних договорах і домовленостях. Нарешті, енциклопедія приділяє значну увагу дослідженням різних аспектів історії міжнародного права в загальному і стосовно особливих інститутів і суб'єктів» [77, vol. 1, p. 6]. Із цього переліку стає очевидним, що тут йдеться про предмет саме енциклопедії міжнародного права, а не філософії і не теорії міжнародного права або історії міжнародно-правових вчень. Сама ж ця енциклопедія за змістом, предметом і методами дослідження підтверджує думку, яку вітчизняні дослідники висловили у такий спосіб: «Енциклопедія права — самостійна наука в системі юридичних наук, що дає цілісне уявлення про право», це «загальнотеоретична наука, здатна забезпечувати зв'язок між усіма юридичними науками і створювати умови для сприйняття їх загальних положень» [78, с. 361].

Отже, коли сприйняти таке бачення ролі і значення енциклопедії права, то ми допускаємо існування низки загальнотеоретичних юридичних наук: загальна теорія права, теорія міжнародного права, філософія права, філософія міжнародного права, історія правової думки, історія міжнародно-правової думки і т. д. Дискусії довкола правомірності виділення їх в окремі наукові напрями можуть справді тривати до нескінченності. Тут потрібні критерії, які б дозволили підбити підсумок вже пройденому етапу дискусії і виявити конструктивні критерії для визнання загальноприйнятих засад і руху вперед по кожному із обґрунтованих напрямів.

Але давати рекомендації легше, ніж їх реалізувати. Коли йдеться про виявлення конструктивних критеріїв формування кожного напрямку юридичної науки, є важливим, зокрема, не підмінити обґрунтоване знання думкою, «захи-

щеною» вибірково підібраними положеннями і фактами; не тільки показати самостійний предмет дослідження кожної з указаних юридичних наук, а й динаміку його зміни, як і тенденцію змін міжпредметних впливів; не зациклюватися на тому, яке із визначень предметів (як і методів) цих наук себе виправдало в минулому, а й, базуючись на категоріях можливого і необхідного, передбачати, а отже, і керуватися чи на початку налаштовуватися на якісно іншу практику майбутнього. Остання функція має сприйматися не як допустиме побажання, а як наслідок невід'ємної функції правової науки з формування світогляду. Сьогодні є важливим виявлення певних специфічних цінностей, які формуються у світоглядних сферах соціального життя: релігія, мистецтво, мораль, філософські засади тощо.

Охопити ці та інші проблеми і питання реального чи надуманого функціонування конкретно взятої юридичної науки (інакше кажучи, предметної чи безпредметної (безоб'єктної) науки) можна лише за якісно іншого підходу до таких питань. У цьому, думається, може справді здатися прийнятною пропозиція (яку висловлювали, зокрема, професори О. Тихомиров, В. Зеленецький, П. Рабінович) сформуванню ще одну загальнотеоретичну юридичну науку — правове наукознавство.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Рабінович П.* Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорії національного і міжнародного права? / П. Рабінович // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2012. — № 2. — С. 245–248.
2. *Буткевич В. Г.* Міжнародне право ХХІ століття: пошук шляхів до універсальності / В. Г. Буткевич // *Антологія української юридичної думки.* — Т. 10. Юридична наука незалежної України. — К.: Юрид. кн., 2005. — С. 831–856.
3. *Лукашук І. І.* О некоторых тенденциях развития универсального международного права / И. И. Лукашук // *Сов. государство и право.* — 1969. — № 2. — С. 82–87.
4. *Ульянова Н. Н.* Принцип универсальности в международном договоре на Венской конференции ООН / Н. Н. Ульянова // *Сов. ежегодник междунар. права,* 1970. — М.: Наука, 1972. — С. 128–142.
5. *Черниченко С. В.* Теория международного права. Т. 1: Современные теоретические проблемы / С. В. Черниченко. — М.: НИМП, 1999.
6. *Василенко В. А.* Основы теории международного права / В. А. Василенко. — Киев: Выща шк., 1988.
7. *Тункин Г. И.* Вопросы теории международного права / Г. И. Тункин. — М.: Юрид. лит., 1962.
8. *Тункин Г. И.* Теория международного права / Г. И. Тункин. — М.: Междунар. отношения, 1970. — 512 с.
9. *Schweisfarth Th.* Socialist Conceptions of International Law / Th. Schweisfarth // *Encyclopedia of Public International Law.* — Vol. 4. North-Holland Elsevier. Amsterdam... Tokyo, 2000. — P. 434–443.
10. *Uibopuu H.-J.* Socialist Internationalism / H.-J. Uibopuu // *Encyclopedia of Public International Law.* — Vol. 4. North-Holland Elsevier. Amsterdam... Tokyo, 2000. — P. 443–446.
11. *Steiner H. J.* International Law, Doctrine and Schools of Thoughts in the Twentieth Century (Schools of Thought, Soviet Theory) / H. J. Steiner // *Encyclopedia of*

- Public International Law. — Vol. 2. North-Holland Elsevier. Amsterdam... Tokyo, 1999. — P. 1216–1217.
12. *Лукашук И. И.* Право международной ответственности / И. И. Лукашук. — М. : Волтерс Клувер, 2004.
 13. *Малеев Ю. Н.* Силовая составляющая международного права / Ю. Н. Малеев // Рос. ежегодник междунар. права. 2005. — СПб. : Социально-коммерч. фирма «Россия-Нева», 2006.
 14. *Тункин Г. И.* Международное право: наследство XX века / Г. И. Тункин // Рос. ежегодник междунар. права. 1992. — СПб. : Социально-коммерч. фирма «Россия-Нева», 1994.
 15. *Российский* ежегодник международного права. 1993–1994. — СПб. : Социально-коммерч. фирма «Россия-Нева», 1995.
 16. *Кельман М. С.* Загальна теорія права / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. — К. : Кондор, 2002.
 17. *Загальна* теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2002.
 18. *Загальна* теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009.
 19. *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика) / С. П. Погребняк. — Х. : Право, 2008. — 240 с.
 20. *Корецкий В. М.* Избранные труды : в 2 кн. Кн. 2 / В. М. Корецкий. — Киев : Наук. думка, 1989.
 21. *Корецкий В. М.* Избранные труды : в 2 кн. Кн. 1 / В. М. Корецкий. — Киев : Наук. думка, 1989.
 22. *Рабинович П.* Трансформація методології вітчизняного праводержавознавства: досягнення і проблеми / П. Рабинович // Юрид. Україна. — 2003. — № 1.
 23. *Тарасов О.* Правова персонологія: досвід побудови загальної концептуальної основи національного та міжнародного права / О. Тарасов // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 2.
 24. *Микієвич М.* Концептуальні основи права ЄС у контексті формування універсальної теорії права / М. Микієвич, В. Мотиль // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 2.
 25. *Оксамитний В.* Міждержавні правові системи як реальність сучасного світу / В. Оксамитний // Порівняльне правознавство. — 2013. — № 1–2.
 26. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. — Изд. 2-е / Г. Еллинек. — СПб. : Изд. юрид. книж. магазина Н. К. Мартынова, 1908.
 27. *Дамірлі М.* Квантори «загальності» загальної теорії права / М. Дамірлі // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 2.
 28. *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы / Г. В. Мальцев. — М. : Прометей, 1999.
 29. *Troller A.* The Law and Order. An Introduction to Thinking about the Nature of Law / A. Troller. — Layden, 1969.
 30. *Коркунов Н. М.* Лекции по международному праву, читанные в Военно-юридической академии в 1883–1884 г. / Н. М. Коркунов. — СПб. : Изд. Шидловский, 1886. — 344 с.
 31. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. — Изд. 6-е (1 изд. 1886 г.) / Н. М. Коркунов. — СПб. : Изд. книж. магаз. Н. К. Мартынова, 1904. — 354+X с.
 32. *Коркунов Н. М.* История философии права : пособие к лекциям / Н. М. Коркунов. — СПб., 1896. — 456 с.
 33. *Котляревский С. А.* Власть и право. Проблемы правового государства / С. А. Котляревский. — М., 1915. — 420 с.

34. *Котляревский С. А.* Правовое государство и внешняя политика / С. А. Котляревский. — М., 1909. — 428 с.
35. *Незабитовский В. А.* Учение публицистов о межгосударственном владении / В. А. Незабитовский // Собр. соч. — Киев : Тип. Е. Я. Федорова, 1884. — С. 105–146.
36. *Незабитовский В. А.* О податной системе в Московском государстве, со времени установления единодержавия до введения подушного оклада Петром I / В. А. Незабитовский // Собр. соч. — Киев : Тип. Е. Я. Федорова, 1884. — С. 2–71.
37. *Незабитовский В. А.* Разбор сочинения проф. Ренненкампа: Очерки юридической энциклопедии / В. А. Незабитовский // Унив. изв. — Киев, 1868. — № 7.
38. *Эйхельман О. О.* История иностранных законодательств / О. О. Эйхельман. — Киев, 1884.
39. *Эйхельман О. О.* Конспект лекций по международному праву / О. О. Эйхельман. — Киев, 1887.
40. *Эйхельман О. О.* Проект Конституції основ державних законів УНР / О. О. Эйхельман. — К. ; Тарнів, 1920–1921.
41. *Виноградов П. Г.* Очерки по теории права / П. Г. Виноградов. — М., 1915. — 155 с.
42. *Vinogradov P. G.* Historical Types of International Law / P. G. Vinogradov // Bibliotheca Visseriana, tomus primus. Lugani Batavorum apud. E. J. Brill, 1923. — P. 1–70.
43. *Гурвич Г. Д.* Введение в общую теорию международного права / Г. Д. Гурвич. — Прага, 1923. — Вып. 1. — 119 с.
44. *Hurvich H. D.* Hugo Grotius et la theorie moderne du droit international / H. D. Hurvich // Revue de methaphysique. — 1927. — № 3.
45. *Гурвич Г. Д.* Философия и социология права / Г. Д. Гурвич // Избр. соч. — Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — 848 с.
46. *Лозинський М.* Автономія країв в австрійській Конституції / М. Лозинський // Студії з поля суспільних наук і статистики. — 1912. — Т. 3. — С. 1–62.
47. *Лозинський М.* Народність і держава / М. Лозинський. — Відень, 1919. — 125 с.
48. *Лозинський М.* Уваги про українську державність / М. Лозинський. — Відень, 1927. — 75 с.
49. *Лозинський М.* Міжнародне право / М. Лозинський. — Полтава : Пролетар, 1931. — 519 с.
50. *Коровин Е. А.* Международное право переходного времени / Е. А. Коровин ; Ин-т сов. права. — М. ; Петроград : Госиздат [1-е изд. б. г.]. — 139 с.
51. *Коровин Е. А.* Современное международное публичное право / Е. А. Коровин. — М. ; Л. : Госиздат, 1926. — 176 с.
52. *Лист Ф.* Международное право в систематическом изложении / Ф. Лист ; перераб. и значительно доп. проф. В. Э. Грабарь. — Л. : Госиздат, 1926.
53. *О буржуазных* влияниях в советской международно-правовой литературе. Дискуссия на международном отделении МГУ. — М. : РАНИОН, 1930.
54. *Баскин Ю. Я.* История международного права / Ю. Я. Баскин, Д. И. Фельдман. — М. : Междунар. отношения, 1990.
55. *Пашуканис Е.* Очерки по международному праву / Е. Пашуканис. — М. : Сов. законодательство, 1935.
56. *Пашуканис Е. Б.* Вступление СССР в Лигу Наций / Е. Б. Пашуканис // Сов. государство. — 1936. — № 6. — С. 124–125.
57. *Пашуканис Е. Б.* К вопросу о задачах советской науки международного права / Е. Б. Пашуканис // Международное право. — 1928. — № 1.

58. *Пашуканис Е.* Общая теория права и марксизм (опыт критики основных юридических понятий) / Е. Пашуканис. – М. : Соц. Акад. Секция права и государства, 1924. – 160 с.
59. *Вышинский А.* К положению на фронте правовой теории / А. Вышинский // Соц. законность. – 1937. – № 5. – С. 30–37.
60. *Коровин Е. А.* Некоторые основные вопросы теории международного права / Е. А. Коровин // Сов. государство и право. – 1954. – № 6. – С. 34–41.
61. *Коровин Е. А.* Об общепризнанных нормах международного права / Е. А. Коровин // Сов. государство и право. – 1951. – № 9. – С. 14–19.
62. *Крылов С. Б.* К обсуждению вопросов теории международного права / С. Б. Крылов // Сов. государство и право. – 1954. – № 7. – С. 74–79.
63. *Крылов С. Б. И. В. Сталин о международной организации мира и безопасности* / С. Б. Крылов // Учен. зап. Акад. обществ. наук. Каф. междунар. права. – № 9. – М., 1950. – С. 114–121.
64. *Кожевников Ф. И.* Некоторые вопросы международного права в свете труда И. В. Сталина «Марксизм и вопросы языкознания» / Ф. И. Кожевников // Сов. государство и право. – 1951. – № 6. – С. 25–36.
65. *Кожевников Ф. И. И. В. Сталин об основных принципах современного международного права* / Ф. И. Кожевников // Учен. зап. Акад. обществ. наук. Каф. междунар. права. – № 9. – М., 1950. – С. 3–41.
66. *К итогам обсуждения некоторых вопросов современной теории международного права* // Сов. государство и право. – 1955. – № 5. – С. 45–50.
67. *К обсуждению* вопросов теории международного права // Сов. государство и право. – 1955. – № 3. – С. 103–113.
68. *Левин Д. Б.* К вопросу о понятии и системе современного международного права / Д. Б. Левин // Сов. государство и право. – 1947. – № 5. – С. 70–21.
69. *Международное право* / общ. ред. В. Н. Дурдиневского и С. Б. Крылова. – М. : Юриздат Минюста СССР, 1947. – 612 с.
70. *Международное право* / под общ. ред. Е. А. Коровина. – М. : Госюриздат, 1951. – 600 с.
71. *Голунский С. А.* Теория государства и права / С. А. Голунский, М. С. Строгович. – М. : Юриздат НКЮ СССР, 1940.
72. *Рестаураторы капиталистического рабства* // Книга и пролетарская революция. Соцэргиз. – М., 1937. – № 2.
73. *Козюбра М. І.* Співвідношення філософії і загальної теорії права: історія і сутність / М. І. Козюбра // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 1.
74. *Максимов С. І.* Філософія права: сучасні інтерпретації. Вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2003–2010) / С. І. Максимов. – Х. : Право, 2010. – С. 8–25.
75. *Рабінович П. М.* Філософія права : у 5 ч. Ч. 1–2. Філософія права як наука. Гносеологія права / П. М. Рабінович. – Львів : Галиц. друкар, 2014. – 232 с.
76. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001.
77. *Encyclopedia of Public International Law*, vol. One. North-Holland Amsterdam... Tokyo 1992. – XXIII+1117; vol. Two. 1995. – XIX+1510 p.; vol. Three. 1997, – XVII+1165 p.; vol. Four. 2000. – XIX-1650 p.; vol. Five. 2003.-VII+276 p.
78. *Касяненко Ю. Я.* Енциклопедія права. – Юридична енциклопедія. Т. 2 / Ю. Я. Касяненко, В. І. Тимошенко. – К. : Вид-во «Укр. енцикл.» ім. М. П. Бажана, 1999.

Буткевич В. Г. Загальна теорія права майбутнього: механічне розширення чи конкретизація предмета (об'єкта) дослідження

Анотація. В статті аналізується місце теорії міжнародного права в загальній теорії права. Автор показує невдалі (марні) спроби створити «незалежну» теорію міжнародного права. Щоразу, коли робилася спроба відійти від загальної теорії права, теорія міжнародного права виявлялася у складному становищі, у ситуації, коли міжнародне право ототожнювалось із зовнішньою політикою.

Автор вказує на факти змішування об'єктів досліджень, що стає результатом виникнення подібних проблем. З метою дослідження таких проблем він пропонує сформулювати новий науковий напрям — юридичне наукознавство. Він підтримує ідею формування загальної теорії права як спільної концептуальної основи теорії національного права і міжнародного права.

Ключові слова: загальна теорія права, теорія міжнародного права, національна правова система, теорія права ЄС, правова персонологія.

Буткевич В. Г. Общая теория права будущего: механическое расширение или конкретизация предмета (объекта) исследования

Аннотация. В статье анализируется место теории международного права в общей теории права. Автор показывает неудачные (тщетные) попытки создать «независимую» теорию международного права. Каждый раз, когда делается попытка отойти от общей теории права, теория международного права оказывается в сложном положении, в ситуации, когда международное право отождествляется с внешней политикой.

Автор указывает на факты смешения объектов исследования, что приводит к возникновению подобных проблем. С целью исследования таких проблем он предлагает сформировать новое научное направление — юридическое науковедение. Он поддерживает идею формирования общей теории права как общей концептуальной основы теорий национального права и международного права.

Ключевые слова: общая теория права, теория международного права, национальная правовая система, теория права ЕС, правовая персонология.

Butkevich V. The General Theory of Law in the Future: Mechanical Broadening or Specification of Subject of Study

Summary. In the article the place of the theory of international law in the general theory of law is analyzed. The author notes unsuccessful (vain) attempts to establish «independent» theory of international law. Every time, move away from the general theory of law put the theory of international in a difficult position, in a situation when international law is identified with foreign policy.

The author denotes in the facts of mixing the subjects of researches as a result of such problems. In order to examine such problems he proposes to elaborate the new scientific direction — judicial science of science. He supports the idea of the elaboration of general legal theory as common conceptual basis for the theories of national and international law.

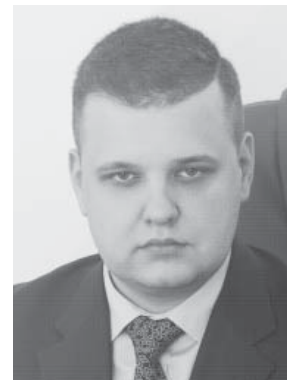
Key words: general theory of law, theory of international law, national legal system, theory of EU law, legal personology.

**ПРИРОДНО-ПРАВОВИЙ СВІТОГЛЯД:
СУТНІСТЬ, ВИХІДНІ ЗАСАДИ,
МЕХАНІЗМ ФОРМУВАННЯ**

П. РАБІНОВИЧ
*доктор юридичних наук,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка),
заслужений діяч науки і техніки України*



Т. БАЧИНСЬКИЙ
*кандидат юридичних наук, адвокат,
керуючий партнер ТОВ «Юридична компанія
“Лігалейд”» (м. Львів)*



Вступні зауваги. Відомо, що такі явища, як правова свідомість і правова культура особи та різних соціальних груп є давнім предметом різноаспектних досліджень у вітчизняній юридичній науці. Але при цьому майже не приділялось уваги вивченню їх безпосереднього духовно-ідеологічного джерела — *правового світогляду*. Навіть у багатотомній «Юридичній енциклопедії» статті про цей феномен немає.

Утім початкові кроки в його дослідженні робилися ще у радянський період. Вже тоді, зокрема, утверджувалось уявлення про те, що без певних правових ідей, поглядів, принципів науковий світогляд не може бути повним, всебічним, а певним структурам правосвідомості притаманні важливі світоглядні функції, і що саме наука загальної теорії держави і права має безпосередньо світоглядне значення. Також вирізнялась «правова світоглядна ідеологія»; обгрунтовува-

лось положення про те, що одним із компонентів такого світогляду є основні юридичні принципи (а вони водночас входять і до складу правосвідомості); з'ясувалось, саме *як* вони виражають зміст світогляду [1–9]. Але ці, так би мовити, «натяки» на такі дослідження не набували належного розвитку. Варто відзначити, що спільною особливістю підходу радянських фахівців до правового (чи то юридичного) світогляду було те, що він зазвичай інтерпретувався з позицій легістсько-позитивістського праворозуміння.

І лише на початку 2000-х років на порядок денний загальнотеоретичної та, зрештою, філософсько-правової юриспруденції постало цілеспрямоване вивчення такого явища, як правовий світогляд. В Україні ця заслуга належить доценту Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ В. Коробці. У своїй монографічній праці (яка, радше за все, виконана ним як «прообраз» докторської дисертації) він розглянув, зокрема, такі питання: історія розвитку правового світогляду; природа правового світогляду, його поняття, структура, функції, його місце і роль у механізмі правового регулювання й у правовій політиці сучасної соціально-демократичної держави [10; 11]. Та й у наступні роки В. Коробка публікував статті з цієї проблематики [12; 13].

Певний «рух» юристів-теоретиків у бік дослідження правового (чи юридичного) світогляду спостерігається і в Російській Федерації [14]. Зокрема, у кандидатській дисертації Г. Паластрової «Юридичний світогляд: історико-правові й аксіологічні аспекти» висвітлювались такі сюжети як, скажімо, основні підходи до інтерпретації означеного світогляду; історичні та культурні аспекти його формування; його зв'язок із правовими цінностями [15]. Зауважимо, що згадка про юридичний світогляд неодноразово подавалась й у працях наукового керівника цієї здобувачки — професора О. Овчиннікова [16, с. 52, 75, 100, 101, 443, 444 та ін.].

Нарешті, на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка протягом 2010–2013 рр., під керівництвом одного зі співавторів пропонованої статті було виконане й захищене дисертаційно-кандидатське дослідження деяких філософсько-правових і загальнотеоретичних аспектів правового світогляду, а також здійснено спробу виявити його стан у певній молодіжній групі — учнів старших класів декількох загальноосвітніх шкіл м. Львова [17].

Свідченням актуальності вивчення правосвітоглядної проблематики може послугувати й те, що у квітні цього року в Києві в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України відбулася Всеукраїнська науково-практична конференція, вперше спеціально присвячена питанням правового світогляду. Останні принаймні згадано у назвах тем виступів понад п'ятнадцяти учасників цієї конференції [18], причому деякі з них (І. Музика, К. Николина) аналізували сутність та особливості феномену правового світогляду, а також його співвідношення зі спорідненими явищами. Матеріали пленарної доповіді професора Н. Оніщенко було покладено в основу її статей [19, с. 91–96; 20, с. 15–21], а інші матеріали, мабуть, публікуватимуться у черговому номері журналу цього Інституту «Альманах права».

З огляду на такі обставини, у пропонованій статті продовжимо обговорення низки концептуальних засад інтерпретації та вивчення феномену правового світогляду, методологічно спираючись головним чином на так званий потребовий дослідницький підхід.

Загальне поняття правового світогляду. Оскільки такий світогляд є одним зі спеціалізованих проявів загального світогляду людини чи соціальних груп, оскільки його поняття має ґрунтуватись на гранично загальній інтерпретації світогляду взагалі. Щодо останнього поняття у науковій літературі існує неабияка кількість дещо неоднозначних дефініцій. Втім задля цілей нашого дослідження видається достатнім виходити з того, що світогляд являє собою форму суспільної самосвідомості людини, через яку вона сприймає, осмислює й оцінює навколишню дійсність як світ свого буття й діяльності, визначає своє місце і призначення у ньому [21; 22].

Отже і світогляд правовий (як і будь-який інший) — це, насамперед, погляд на *світ*, причому саме на той світ, який оточує людину, часткою якого є вона сама та з елементами якого вона так чи інакше взаємодіє. Специфіку ж такого світогляду вбачаємо у тому, що це погляд на світ як на джерело біологічно і соціально зумовлених можливостей задоволення її основних, життєво необхідних потреб. А ці можливості, за нашим уявленням, і є не чим іншим, як *соціально-природними правами та свободами людини*. У цьому, власне, полягає *людиноримірність*, а отже, гуманістичність інтерпретованого у такий спосіб правового світогляду.

Початковий крок у висвітленні обраної теми полягає у тому, аби виявити, вирізнити суто правову специфічність («правовість») розглядуваного світогляду. Звідси випливає фундаментальний методологічний висновок про те, що *інтерпретація правового світогляду неминуче зумовлюватиметься праворозумінням його носія*. Отже, інакше кажучи, праворозуміння глибинно, першочергово визначає зміст такого світогляду, «керує» ним. З огляду на це видається можливим визначення поняття досліджуваного явища стисло сформулювати — хоча б у першому наближенні — таким чином: **правовий світогляд** — це погляд на оточуючий людину світ тих явищ, які нею вважаються «правовими», та на її місце з-поміж них і на її взаємодію з ними.

Світогляди правовий та юридичний. Одне з перших питань, яке має бути розв'язане на обраному пізнавальному шляху, стосується, власне, *термінізування* розглядуваного поняття: йдеться про світогляд «правовий» чи про «юридичний»?

Відповідь на означене запитання залежатиме, вочевидь, від того, який смисл вкладатиметься у кожне з наведених слів. Тоді-то й виявиться, чи є вони синонімами, чи ні. Ми схилиємось до другої відповіді; хоча б тому, що вона дозволяє термінологічно розрізнити позитивістську та непозитивістську («природну») інтерпретації правосвітогляду.

Ще у 1992 р. одним зі співавторів цієї статті було запропоновано вживати — ясна річ, із певною умовністю — прикметник «юридичний» лише щодо тих соціальних явищ, котрі є результатом виключно державної діяльності, тобто виявом, способом об'єктивації волі держави, її органів (тобто законів, актів їх офіційного тлумачення й застосування); а ось прикметник «правовий» використовувати тільки-но стосовно феноменів, які виникають та існують не залежно від волі держави, а внаслідок дії загальносоціальних закономірностей [23, с. 5].

У зазначеному сенсі й вживається тут терміно-поняття «правовий світогляд». (Утім у працях інших теоретиків, наприклад, К. Николиної, обидва терміносполучення — «правовий світогляд» та «юридичний світогляд» — синонімізуються).

Стосовно запропонованої нами інтерпретації першого терміно-поняття перевага такого терміновживання вбачається у тому, що воно, зокрема, дозволяє уникнути її жорстокої прив'язки до регулятивної діяльності держави — діяльності, котра зазвичай є, так чи інакше, безпосередньо залежною, похідною від політичних інтересів тієї частини соціально неоднорідного суспільства, якій належить державна влада. Адже, як свідчить минула й сучасна соціальна практика, така діяльність не завжди відповідає соціально-природним (основоположним) правам і свободам індивідів, їхніх об'єднань, соціальних спільностей. Це — по-перше.

А по-друге, задеклароване нами терміновживання орієнтує на таке розуміння правового світогляду, відповідно до якого він формується у людини ще до того, як вона почала знайомитись із конкретними законами держави, їх засвоювати й оцінювати. Така основа правового світогляду базується не стільки на суто формально-юридичних знаннях, скільки на тих правилах поведінки, які інтеріоризуються людиною змалку і не мають прямого стосунку до державних законів. Саме такі — здебільшого моральні — правила поведінки у цьому випадку є базовими. І тому ще до «зіткнення» з текстами законодавства у дітей починають формуватися основи правового світогляду.

Отже, з огляду на такі попередні міркування соціолого-позитивістського гатунку, дефініція досліджуваного терміно-поняття може звучати у такий спосіб: **правовий світогляд** — це погляд людини на оточуючий світ природно та соціально зумовлених можливостей задоволення її потреб, які (можливості) вважаються нею належними і забезпечені обов'язками інших суб'єктів. Можна висловитись ще й так: правовий світогляд — це погляд людини на природний та соціальний простір («світ») її можливостей, котрі визнаються нею виправданими, підставними та забезпечуються соціальними обов'язками інших людей, їхніх об'єднань та спільнот. Слід при цьому особливо наголосити на тому, що «належність» тут розуміється як *об'єктивна* необхідність, як соціальна закономірність (а не встановлена державою обов'язковість, зобов'язаність); отже, згадані соціальні обов'язки лише частково включають обов'язки державно-юридичні, але останніми не обмежуються.

Натомість **юридичний світогляд** — це такий погляд на світ, відповідно до якого всі соціальні явища (у тому числі й можливості людини) визнаються похідними від державно-вольової діяльності, вважаються продуктом державного волевиявлення. Тобто, образно висловлюючись, це погляд на світ, так би мовити, крізь законодавчі «окуляри». Йдеться, інакше кажучи, про світ наслідків виявлень волі держави, її органів.

Нагадаємо, до речі, що саме в такому сенсі вживали й пояснювали свого часу поняття «юридичний світогляд» К. Каутський та Ф. Енгельс у їхній відомій праці «Юридичний соціалізм». Вони, зокрема, відзначали, що у цьому світогляді — як «класичному світогляді буржуазії» — місце божественного права посіло право людини, місце церкви посіла держава і що економічні та суспільні відносини, котрі раніше, будучи санкціонованими церквою, вважалися створенням церкви і догми, тепер уявлялись заснованими на праві і створеними державою; виникло уявлення, буцімто правові норми зобов'язані своїм виникненням не економічним фактам, а формальним настановам, запроваджуваним державою [24, с. 496].

Наше розуміння правового світогляду, наведене вище, ґрунтується — як неважко зрозуміти — на соціально-природному підході. У зв'язку з цим заува-

жимо, що означене явище найбільш тісно пов'язане з праворозумінням, але все ж не є тотожним йому. Обидва вони співвідносяться між собою як первинне (праворозуміння) і похідне (правовий світогляд). Адже змістовна специфіка прикметника «правовий» зазвичай зумовлюється, як вже зазначалось, інтерпретацією фундаментального базового терміно-поняття «право». Й оскільки у соціально неоднорідному суспільстві праворозумінню неминуче, непереборно є притаманним змістовний плюралізм, оскільки й правосвітогляди не можуть не бути у такому суспільстві теж плюралістичними.

Далі, спираючись на запропоновану нами дефініцію загального поняття правового світогляду, проаналізуємо деякі його інтерпретації, оприлюднені у сучасній вітчизняній теоретико-юридичній літературі.

Інші інтерпретації правового та юридичного світоглядів. На думку В. Коробки, правовий світогляд — це стійке, позитивне ставлення людини до права як до ідеї належного, пропущеного крізь призму прав, свобод, обов'язків людини, на основі сукупності правових ідей, поглядів, уявлень, принципів, цінностей, переконань, які людина поділяє і які беруться за основу її діяльності. (Щоправда, лишається «поза кадром» вказівка на ті фактори, якими так чи інакше зумовлюється зміст «ідеї належного»). А юридичний світогляд — це «ставлення людини до навколишнього світу, пропущене крізь призму права (через права, свободи, обов'язки, людини, розумні закони). Можна сказати, продовжує цей автор, — юридичний світогляд — це ідеалізований погляд на право як єдино можливий спосіб регулювання відносин у суспільстві, коли тільки-но через правову ідею, правові норми, через закон видається можливою організація суспільства <...>

Далі він стверджує, що юридичний світогляд є характерним для конкретної моделі суспільства, у межах якої домінантною правовою ідеологією справді визнається віра у правову державу, розумне законодавство та природні права людини з урахуванням природно-біологічного і природно-соціального аспектів права [10, с. 8, 9].

Коментуючи ці положення, зауважимо, що обстоювана В. Коробкою інтерпретація правового світогляду є, в певному сенсі, концептуально близькою до запропонованої нами. По-перше, тому, що вона відштовхується саме від неопозитивістського («природного») праворозуміння; адже у ній, як бачимо, взагалі відсутня згадка про державну регуляцію суспільних відносин, про закони. А по-друге, тому, що цей автор не ототожнює світогляди правовий та юридичний.

Проте В. Коробка, визначаючи терміно-поняття «юридичний світогляд», як вбачається, просто додає, «доплюсовує» до прав, свобод і обов'язків людини (вочевидь, не державно-вольових, а загальносоціальних, основоположних) ще й закони, «правові» норми, вважаючи такий — юридичний — світогляд «типом» правового. З нашої ж позиції, суто юридичний (у зазначеному вище його власному — державно-регулятивному — сенсі) світогляд не висуває змістовних вимог до закону: такий світогляд більше корелює легістсько-позитивістському праворозумінню Г. Кельзена. (Хоча у тій частині, в якій законодавство держави відповідає соціально-природному праву, основоположним правам і свободам людини, обидва розглядувані світогляди змістовно збігатимуться.)

Якщо ж у правовий світогляд вводиться, «підверстується» державне законодавство, то це переключає такий світогляд в аспект його реалізації, його вті-

лення у соціальну практику. Але такий «зсув» (тобто згадка про засоби реалізації відповідних світоглядних уявлень) зазвичай відсутній у поширених у соціально-філософській літературі інтерпретаціях світогляду.

Тому-то так звана «дуалізація» правового світогляду (як, до речі, і праворозуміння — згідно з уявленнями відомого німецького філософа права Р. Алексі, а також нашого його послідовника С. Максимова [25], — яке служить інтерпретаційним фундаментом такого світогляду), мабуть, дещо знижує його онтичний і гносеологічний статуси, оскільки начеби «схрещує» його з практико-прикладним, прагматичним рівнем свідомості.

Далі. Г. Паластрова визначає поняття юридичного світогляду як систему властивих тій чи іншій цивілізації поглядів на державу і право як єдиний соціально-нормативний і політичний комплекс, що чинить певний (цивілізуючий чи інший) вплив на розвиток суспільства [15, с. 27]. Таке розуміння юридичного світогляду (якщо не ототожнювати його зі світоглядом правовим), як видається, принципово не відрізняється від його розуміння, висловленого згаданими вище марксистами.

Праворозуміння — правосвітогляд — правосвідомість. Задля поглиблення уявлень про феномен правового світогляду (у нашій інтерпретації) схарактеризуємо стисло його співвідношення з праворозумінням та з правовою свідомістю.

Щодо правового світогляду й праворозуміння слід зауважити, що ці явища хоч і тісно пов'язані змістовно, проте не є тотожними. Ця пов'язаність зумовлюється тим, що правовий світогляд, як вже відзначалось раніше, так чи інакше залежить засаднично-змістовно від праворозуміння (як від своєї серцевини, свого «ядра»). Внаслідок цього вони утворюють певну змістовну «зв'язку».

Що ж до правосвідомості, то її предметом — на відміну від предмета правосвітогляду — є, загалом, ідеї, поняття, уявлення, почуття щодо чинного та бажаного права (як соціально-природного, так і позитивного). У той час як предметом правового світогляду є, на наш погляд, світ природних та соціальних можливостей людини задовольняти свої життєво важливі потреби — можливості, котрі вважаються підставними, виправданими і забезпечуються відповідними обов'язками інших суб'єктів. А такий світогляд є ідейним базисом, системоутворюючим центром певної правосвідомості. Хоча його конкретний зміст, зі свого боку, є наслідком (якщо виходити з історико-матеріалістичних засад) *потребового праворозуміння* [26, с. 31–40]. Отже, так чи інакше, саме праворозуміння безпосередньо визначає фундаментальний зміст не тільки правосвітогляду, а й відповідної правосвідомості. Тому названу «тріаду» явищ можна схематично розташувати у такій послідовності: праворозуміння → правосвітогляд → правосвідомість. (Зауважимо також, що певною специфікою в інтерпретації співвідношення означених явищ, а також правового менталітету і правового мислення відзначається позиція В. Коробки [13].)

Ураховуючи наведене, не можна погодитись із позицією тих авторів, які схильні ототожнювати правовий (чи то юридичний) світогляд із правовою ідеологією як складовою частиною правосвідомості [27, с. 41–50; 28, с. 39–43; 20, с.16]. Правовий світогляд — це лише частина, смислове «ядро» правової ідеології; але в останній також присутні ідеї й несвітоглядного рівня.

Вихідні засади людиноцентристського правового світогляду. По-перше, він має *соціально-природний* характер, оскільки зорієнтований, «націлений» передовсім на соціальні можливості людини задовольняти свої життєво необ-

хідні, екзистенційні потреби. Ось чому саме і є підстава іменувати такий правовий світогляд «людиноцентристським».

По-друге, означені фундаментальні можливості є *притаманними всім без винятку людям незалежно від будь-чого* — вони є *всезагальними, універсальними*. На цьому й ґрунтуються загальнолюдські принципи рівності та недискримінації у здійсненні основних прав і свобод.

По-третє, з рівності соціально-природних можливостей (основоположних прав і свобод) усіх людей випливає *обов'язок кожного не перешкоджати іншій людині реалізувати її можливості*. Адже якщо він заважає комусь здійснювати свої права, то й сам має бути готовим до перешкод з боку іншого суб'єкта. Отож, однією із засад правового світогляду є *толерантність до прав інших, до їх здійснення*.

Інакше кажучи, можливості поведінки кожної людини мають бути узгодженими з можливостями поведінки інших. Звідси формується уявлення про соціальний — тобто взаємозалежний, взаємопов'язаний — характер основоположних прав і свобод людей. З вимогою такої — консенсусної — реалізації можливостей людина починає вже стикатися змалку; адже її втручання в життя батьків, друзів, однокласників, вчителів завжди має бути — в нормальному варіанті — погодженим із ними, безконфліктним. Тому, можливо, варто говорити не просто про правовий, а про *правозобов'язувальний* світогляд, відповідно до якого реалізація своїх можливостей ґрунтується на консенсусному погодженні з реалізацією можливостей інших учасників соціуму.

Водночас задля того, аби можливості здійснення основоположних прав і свобод були справді реальними, їх повинна визнати, легалізувати (унормувати) й гарантувати держава. Саме в законах держави такі можливості набувають офіційного визнання. Офіційна межа основоположних прав і свобод може бути окреслена лише в державному законі. При цьому юридичні обов'язки, встановлені державою задля забезпечення таких прав і свобод, складають, як зазначалось, лише частину, один із видів соціальних обов'язків як засобів такого забезпечення (та й до того ж, буває не найбільш дієвим, не найбільш ефективним) з-поміж інших — загальносоціальних, неюридичних — обов'язків.

Отже, створюючи своєрідний соціально-нормативний ланцюжок (однакові, рівні для всіх права — їх консенсусна реалізація — їх державна та інша соціальна гарантованість), стає можливим вибудувати «місток» від соціально-природного права до позитивного, поваги до останнього та до органів, які уособлюють державу; адже саме вони є (принаймні, мають бути) гарантами, охоронцями відповідних основоположних прав і свобод людини.

Основи правового світогляду школярів-старшокласників: соціологічний «зріз». Формування засад такого світогляду починається, як зазначалось вище, ще до вивчення «легалістського» права. Як слушно зазначають фахівці, у людини вже з раннього дитинства під впливом загальних заборон формується невідразне розуміння базових прав і свобод, внаслідок чого рівні розвитку морального і правового світоглядів виявляються багато в чому схожими; вони значною мірою хронологічно синхронізовані [29]. Тому й впровадження пропозицій щодо викладання у середній школі гуманітарних предметів, задля формування правових уявлень учнів уже молодших класів, — це реальна можливість вибудувати у них основи належного правового світогляду. І таке навчання має зважати на ті його вихідні засади, які окреслено вище.

Виховна діяльність шкільних педагогів (та й батьків) буде тим успішнішою, чим повніше вона враховуватиме реальний стан основ правового світогляду дітей. Тому задля отримання конкретної інформації стосовно цього стану нами — у співпраці з Львівським інститутом післядипломної педагогічної освіти — весною 2013 р. було проведено в одній із середніх шкіл м. Львова опитування понад 63 учнів-одинадцятикласників за спеціальною анкетною, спрямованою на виявлення саме правосвітоглядних показників їхньої свідомості. (Цьому, до речі, передували опитування у 2009 і 2012 рр. майже 800 львівських старшокласників з метою виявлення рівня їхньої правосвідомості [30]). Отож наведемо деякі результати згаданого вище конкретно-соціологічного дослідження стану основ учнівського правового світогляду і стисло прокоментуємо їх.

1. Яке із вказаних нижче явищ асоціюється у Вас зі словом «право»?

Співвідношення відповідей: а) закон — 35 %; б) свобода — 6 %; в) справедливість — 20 %; г) справедливий закон — 8 %; ґ) права людини — 31 %.

Наведені показники в основному, як видається, підтверджують обґрунтоване у цій статті розуміння соціально-природного характеру правового світогляду. Адже більше половини опитаних учнів (57 %) пов'язують своє уявлення про феномен права, так чи інакше, не із законами держави. Водночас слід звернути увагу на те, що ці школярі ще за два роки до анкетування вивчали основи позитивного права (законодавства України), і тому в їхній правосвідомості певною мірою сформувався також і легістсько-позитивістський уявлення про право.

2. Що, на Ваш погляд, є джерелом основоположних прав і свобод людини, тобто її можливостей задовольняти свої життєво важливі потреби?

Співвідношення відповідей: а) закони Всесвіту — 8 %; б) воля держави — 44 %; в) природа (біосоціальна сутність) людини — 35 %; г) воля Всевишнього — 13 %.

Як бачимо, понад половина учнів асоціюють виникнення основоположних («природних») прав людини не з державним рішенням, а з іншими — позадержавними — явищами. І в цьому, вважаємо, теж можна вбачати певне виявлення підставності нашої інтерпретації правового світогляду. Водночас той факт, що значна група опитаних (44 %) «прив'язала» виникнення прав і свобод людини до волі держави, можна пояснити, зокрема, тим, що вагома частина шкільного предмета «Основи правознавства» (9-й клас) присвячена саме тим правам людини і громадянина, які закріплено в Конституції України, тобто правам легістським.

3. Чи вважаєте Ви, що всі люди (які, як відомо, є дуже різноманітними за своїми фізичними, психічними та іншими властивостями) повинні мати однакові (рівні) основоположні права?

Співвідношення відповідей: а) ні — 5 %; б) не завжди — 29 %; в) так — 67 %.

Наведені результати відповідей є, отже, досить однозначними. З одного боку, дві третини опитаних виходять із засад соціально-природної рівності основоположних прав усіх людей. З другого боку, значна частина школярів поділяють такий погляд не беззастережно. Пояснити останню обставину можливо, мабуть, тим, що навіть у своїй, не вельми широкій, практиці соціальних контактів, учні вже стикались із фактами вибіркового порушень прав людини і громадянина, зокрема з випадками якоїсь їх дискримінації.

4. Чи вважаєте Ви, що слід бути толерантним (терпимим) до інших та не перешкоджати нікому реалізовувати його можливості, права?

Співвідношення відповідей: а) так (слід ставитись до інших саме таким чином, як би Ви хотіли, щоб вони поводитись із Вами) – 84 %; б) ні (тому що в житті перемагає найсильніший) – 16 %.

Це запитання є, у певному сенсі, переформулюванням попереднього. І тут, як бачимо, відповіді переважної більшості учнів є такими, що ґрунтуються на засадах морально-природної рівності усіх людей.

5. Чим насамперед обмежується здійснення Ваших прав?

Співвідношення відповідей: а) законами держави – 52 %; б) правами інших людей – 9 %; в) вимогами моралі – 39 %.

Отримані відповіді підтверджують той майже очевидний факт, що основним соціальним обмежувачем здійснення «природних» прав людини є держава, діяльність її органів. І таке уявлення учнів значною мірою відповідає дійсності; але воно само по собі не дискредитує державу, особливо якщо взяти до уваги відповіді школярів на попереднє запитання.

6. Який засіб гарантування прав людини Ви вважаєте найбільш дієвим?

Співвідношення відповідей: а) вимоги моралі – 5 %; б) закріплення прав у законах держави – 50 %; в) високий рівень правової культури людей – 39 %; г) громадська думка – 6 %.

Той факт, що половина опитаних найбільш свої надії на забезпечення прав людини покладає на державу, ілюструє, вважаємо, так би мовити, «двоїсту» значущість державної діяльності у цій царині. З одного боку, саме держава покликана бути основним, найбільш ефективним захисником прав людини, і нерідко вона справді такою і є; але, з другого боку, держава подекуди стає прямим найгрубішим порушником таких прав.

Загалом же, як видається, наведені результати проведеного нами конкретно-соціологічного дослідження стану основ правового світогляду групи школярів-старшокласників підтверджують обґрунтованість викладеної у цій статті його інтерпретації і можуть певною мірою враховуватись у правовиховній роботі середніх навчальних закладів. Принаймні, засновані на цих результатах (як і на результатах інших наших попередніх досліджень правосвідомості учнів) практико-прикладні рекомендації були прийняті Управлінням народної освіти Львівської облдержадміністрації для використання в практичній роботі з організації правового навчання та правового виховання шкільної молоді.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Фарбер И. Е. Правосознание как форма общественного сознания / И. Е. Фарбер. — М., 1963. — 205 с.
2. Остроумов Г. С. Правовое осознание действительности / Г. С. Остроумов. — М., 1969. — 173 с.
3. Небдайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права / П. Е. Небдайло. — Киев, 1971. — 158 с.
4. Право, правосознание, мировоззрение // Вопросы философии. — 1975. — № 12.
5. Васильев А. М. О правовых идеях-принципах / А. М. Васильев // Сов. государство и право. — 1975. — № 3. — С. 11–18.
6. Цыбочкин В. А. Правовой компонент научного мировоззрения / В. А. Цыбочкин // Проблемы правоведения. — Киев, 1977. — Вып. 36. — С. 84–93.

7. *Алексеев С. С.* Общая теория права / С. С. Алексеев. — М., 1981. — Т. 1. — С. 206, 211, 212.
8. *Явич Л. С.* Сущность права: социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений / Л. С. Явич. — Л., 1985. — 207 с.
9. *Рабинович П. М.* Коммунистическое мировоззрение и социалистическое правосознание / П. М. Рабинович // Коммунистическое мировоззрение: закономерность становления и основные элементы. — Киев, 1986. — С. 92–112.
10. *Коробка В. Н.* Правовое мировоззрение : [в 2 ч.]. Ч. 1 : Становление и развитие / В. Н. Коробка. — Донецк : Донец. юрид. ин-т Луган. гос. ун-та внутр. дел им. Э. А. Дидоренко, 2008. — 152 с.
11. *Коробка В. Н.* Правовое мировоззрение : [в 2 ч.]. Ч. 2 : Природа, место и роль в механизме правового регулирования, значение для правовой политики современного социально-демократического государства / В. Н. Коробка. — Донецк : Донец. юрид. ин-т Луган. гос. ун-та внутр. дел им. Э. А. Дидоренко, 2010. — 244 с.
12. *Коробка В. М.* Правовий світогляд і близькі до нього ментальні феномени: порівняльно-правовий аналіз на основі співвідношення / В. М. Коробка // Право і суспільство. — 2010. — № 4. — С. 9–14.
13. *Коробка В. М.* Правовий та юридичний світогляди як специфічні типи світоглядів / В. М. Коробка // Вісн. Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого, Сер: Філософія, філософія права, політологія, соціологія. — Х., 2011. — Вип. 8. — С. 241–242.
14. *Черненко А. К.* Правовое мировоззрение как основание формирования рациональной правовой системы / А. К. Черненко // Гуманитарные науки в Сибири. Всерос. науч. журн. — 2004. — № 1. — С. 79–82.
15. *Паластрова Г. В.* Юридическое мировоззрение: историко-правовые и аксиологические аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Г. В. Паластрова. — Ростов н/Д, 2008. — 27 с.
16. *Овчинников А. И.* Правовое мышление : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д, 2004. — 512 с.
17. *Бачинський Т. В.* Формування основ правового світогляду з правової культури шкільної молоді (філософсько-правовий вимір) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / Т. В. Бачинський. — Л., 2013. — 20 с.
18. *Програма щорічної науково-практичної конференції: «Правовий світогляд: людина і право».* 22 квітня 2014 р. — К., 2014. — 19 с.
19. *Онiщенко Н. М.* Правовий світогляд і політика (сучасна реальність, бачення на перспективу) / Н. М. Онiщенко // Бюл. Мін-ва юстиції України. — 2014. — № 2. — С. 91–96.
20. *Онiщенко Н. М.* Правовий світогляд як явище соціальної дійсності / Н. М. Онiщенко // Право України. — 2014. — № 5. — С. 15–21.
21. *Українська радянська енциклопедія : в 12 т. / за ред. М. Бажана.* — 2-ге вид. — К., 1983. — Т. 10.
22. *Новейший философский словарь.* — М., 1998.
23. *Рабинович П. М.* Права людини та їх юридичне забезпечення. (Основи загальної теорії права та держави) : навч. посіб. / П. М. Рабінович. — К., 1992. — 100 с.
24. *Маркс К.* Сочинения. — 2-е изд. / К. Маркс, Ф. Энгельс. — Т. 21. — М., 1961.
25. *Максимов С.* Дуальність права / С. Максимов // Право України. — 2010. — № 4. — С. 36–42.

26. Рабінович П. М. Потребує праворозуміння: концептуальна характеристика, евристичний потенціал / П. М. Рабінович // Право України. — 2014. — № 5. — С. 31–40.
27. Погребняк С. П. Справедливість змісту нормативно-правових актів як умова їх правомірності / С. П. Погребняк // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 2. — С. 41–50.
28. Козенко Ю. О. Демократичні принципи права в ролі засобів формування юридичного світогляду особи / Ю. О. Козенко // Вибори та демократія. — 2011. — № 3. — С. 39–43.
29. Громова Т. Н. Юридическое мировоззрение в системе детерминант правомерного поведения: определение места и роли // Фундаментальные и прикладные исслед. кооперативного сектора экономики. — 2012. — № 3/4 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://volgograd.ruc.su/upload/medialibrary/acd/qwtgwauiwuogqrpc.pdf>
30. Бачинский Т. В. Некоторые особенности правосознания учащихся старших классов (по результатам социологических исследований в Украине и России) / Т. В. Бачинский // Вестн. Самар. гуманит. акад. Серия: Право. — 2013. — № 1. — С. 173–179.

Рабінович П. М., Бачинський Т. В. Природно-правовий світогляд: сутність, вихідні засади, механізм формування

Анотація. Стаття присвячена загальнотеоретичному аналізу феномену правового світогляду — його сутності, вихідних змістовних засад, розмежуванню і співвідношенню з іншими «спорідненими» правовими явищами (насамперед із праворозумінням та правосвідомістю). Такий аналіз здійснено на основі соціально-природного потребового праворозуміння, що дозволило уникнути отождоження правового та юридичного світоглядів. Основний висновок статті полягає в тому, що правовий світогляд — це погляд людини на навколишній світ природно та соціально зумовлених можливостей задоволення її потреб, які вважаються нею належними і забезпечені обов'язками інших суб'єктів. Також наведені коментовані результати конкретно-соціологічного дослідження стану основ правового світогляду школярів-старшокласників м. Львова.

Ключові слова: правовий світогляд, юридичний світогляд, правова свідомість, основні засади правового світогляду.

Рабинович П. М., Бачинский Т. В. Естественно-правовое мировоззрение: сущность, исходные начала, механизм формирования

Аннотация. Статья посвящена общетеоретическому анализу феномена правового мировоззрения — его сущности, исходных содержательных начал, разграничению и соотношению с другими «родственными» правовыми явлениями (прежде всего с правопониманием и правосознанием). Такой анализ осуществлен на основе социально-естественного потребностного правопонимания, что позволило избежать отождествления правового и юридического мировоззрений. Основной вывод статьи состоит в том, что правовое мировоззрение — это взгляд человека на окружающий мир естественно и социально обусловленных возможностей удовлетворения его потребностей, которые (возможности) полагаются надлежащими и обеспечены обязанностями других субъектов. Приведены комментированные результаты конкретно-социологического исследования состояния основ правового мировоззрения школьников-старшеклассников г. Львова.

Ключевые слова: правовое мировоззрение, юридическое правосознание, правовое сознание, основные начала правового мировоззрения.

Rabinovych P., Bachynskyy T. Naturally-Legal Worldview: Essence, Source Principles and Mechanisms of Formation

Summary. This article is dedicated to the general theoretical analysis of legal worldview phenomenon and its nature, initial contents sources, separation and correlation with other similar legal phenomena (primarily with understanding of law and legal consciousness). This analysis is based on understanding of law grounded on socially-natural needs, which helped to avoid equitation of terms «legal worldview» and «juridical worldview». The main conclusion made from the article is that the legal worldview is a person's view of the world of naturally and socially defined possibilities to meet his or her needs, which belong to them and ensured by responsibilities of other subjects. There are also presented commented results of specifically-sociological survey on the condition of L'viv upper-form pupils' legal worldview.

Key words: legal worldview, juridical worldview, legal consciousness, basic principles of legal worldview.

ПОЕЗІЯ ЯК СТІЙКІСТЬ: ВИКРИТТЯ ТИШІ Й БАЙДУЖОСТІ (ТОЛЕРАНТНІСТЬ ДО НЕСПРАВЕДЛИВОСТІ ЯК ЗАГРОЗА ДЕМОКРАТІЇ І ПРАВАМ ЛЮДИНИ)¹

Б. МЕЛКЕВІК
*професор права, юридичний факультет
(Університет Лаваля, Квебек, Канада)*



Вступ. Опір переслідуванню і знищенню людського життя набув різних форм і мав різні прояви упродовж всієї історії. Серед них — написання оповідань. Це сприяло формуванню риторичних позицій, що характеризуються за допомогою соціальних і політичних вимог, які підкреслюють нагальну потребу емансипації, справедливості й рівності. Насправді оповідання надали нові концептуальні та дієві рамки, в яких ми прагнули організувати і переосмислити життя, що ми поділяємо як люди, групи людей, а останнім часом як глобальна спільнота.

Цей процес надав нам можливість відкрити для себе величезний потенціал мови в її фундаментальному посиленні на випадки викриття ненависті й систематичного насильства щодо конкретних груп людей. Однак нам також доводиться стикатися з глибокими людськими слабкостями і сильними сторонами, які роблять нас такими піддатливими для того, щоб захоплюватися, піддаватися маніпулюванню або перевтіленням за допомогою символів і слів, які накладають грим на наші різноманітні переконання і надії. Один із гнітючих уроків, якому ми повинні вчитися і ще раз вчитися, полягає в тому, що натхнення породжує відповідальність, і не тільки перед собою і своїми переконаннями, а й перед іншими, особливо перед тими, хто є глибоко відмінним від нас.

У західних культурах взаємовідносини між індивідуальністю, літературним дискурсом і насильством є давніми і складними. Я маю на увазі твори, в яких наша індивідуальна та колективна історії наводяться у світлі спільної — і динамічної — точки зору. Все починається з явного або неявного запрошення; нас закликають або спокушають послухати, поміркувати чи приєднатися до певної ідеї, переконання або напряму діяльності, що кидає виклик нашому розумінню

¹ Переклад з англійської О. Уварової.

себе і того, якими ми є, і змушує переглянути ті питання, від яких зазвичай нам вдається ухилитися.

Дійсно, ми всі занадто добре знаємо, що потужні твори звертаються до найбільш глибоких питань і часто описують найтемніші сценарії взаємодії людей. Такі дискурси можуть поєднувати історичні факти з вигаданими сюжетами, і складні емоції з існуючими умовами... і людськими можливостями. Іноді вони, як видається, створюють вічні образи, в яких дошкульні людські пристрасті розігруються у сценаріях, в яких ми, складається враження, брали безпосередню участь і до деяких із них точно причетні. Знову ж таки, оповідання може створювати такий стиль викладу, який надихає нас уявити те, ким ми є і яким є наше ставлення до інших, якою є точка зміцнення або трансформації нашої особистості, а іноді — тільки іноді — якою є наша воля опікуватися долею тих, хто нас оточує, і діяти задля цього.

У нашому світі ніщо не здається настільки ж актуальним, як наша здатність жити своїм життям, будучи повністю обізнаними про те, що всі ми — незважаючи на видимість — дійсно є дуже різними. Тим не менш, таким самим доречним є і твердження про те, що ми, як і раніше, цілком залежимо один від одного. Дійсно, культурні підходи, які є доступними для того, щоб уявити і замислитися над тим, як збалансувати такі крайнощі у нашому повсякденному житті, залишаються настільки ж різноманітними, як і культурні стимули, що формують наші суб'єктивні й колективні ідентичності.

Ми шукаємо нові й правдоподібні цінності, норми спілкування й життя поза нашими переконаннями серед далекоюсяжних місцевих, регіональних і глобальних перетворень. Звичайно, глобальні мережі та технологічні інновації змушують деяких із нас дедалі більше усвідомлювати глибокі контрасти, що складають наші фізичні та культурні ландшафти, і це також сприяє появі глобальної перспективи, в якій сценарії, актори і щоденні переживання розглядаються у розумно прийнятному фокусі. Але сам доступ до зображень, мов та інтерпретацій не забезпечує необхідних умов для такого виду особистої залученості, який несе в собі стійкі культурні практики, особливо коли доступ до глобального уявлення і дискурсів значно обмежений географічними, ідеологічними та місцевими умовами розвитку. Абстрактні та віддалені твори можуть зробити істотний внесок у наше спільне розуміння, ким ми є в наших багатогранних проявах, але ми ніколи не повинні замовчувати те, що глибокі культурні перетворення — особливо ті, які підтримують життя — мають стати особистими.

Насправді, ми все більше усвідомлюємо той факт, що ідентичність, яку ми свідомо чи несвідомо обираємо для життя, потребує спільної основи. Її зміст має стосуватися кожного з нас особисто. Це набуває особистісного сенсу, коли ми випробовуємо зроблений вибір у нашому повсякденному житті, на роботі, у громадському житті, у наших відносинах із тими, кого ми вважаємо такими ж, як і ми, і з тими, кого ми сприймаємо як таких, що відрізняються від нас. Переконання і відчуття утворюють потужну динаміку, у світлі якої розуміються особистісна і колективна ідентичності.

Із культурної точки зору спільна основа визнає відмінності, але витісняє їх. Вона складається з різноманітних ідей, концепцій і цінностей, із різним змістом, формами і проявами. У часи глибоких змін і культурних перетворень така спільна основа має бути гнучкою — здатною до розширення, не втрачаючи при цьому свого загального характеру, здатною надати сенс і включити в себе нове й особливо дивне, у такий спосіб, щоб продовжувати спиратися одночасно на

наші глибокі відмінності й у той же час на залежність один від одного. Саме в цьому сенсі виникає практика толерантності як основний компонент на шляху до досягнення стійкої спільності, незважаючи на наші відмінності. Отже, фактична залученість до спільної основи передбачає здатність визнавати й звертатися до наших відмінностей, і готовність викривати неадекватність наших переконань і уявлень.

З цієї точки зору толерантність є глибоко особистою/інтимною цінністю, яка в той же час здатна стимулювати глибоку соціальну синергію. У своєму оптимальному значенні вона вимагає сміливих чоловіків і жінок із готовністю визнати і подолати свої власні упередження і страхи: відчуття власної відповідальності за свої дії і бездіяльність. Я маю на увазі індивідуальні й колективні стандарти, що ми можемо практикувати; соціальні взаємодії, в яких значення і практика інаковості не сприймається як підстава для того, щоб зробити виняток, не кажучи вже про переслідування.

Ця стаття відображає сучасну концепцію толерантності, вбудовану у вірш, який звертається до одного із жахливих випадків переслідування, провини і відповідальності ХХ ст. Проте це не є літературно-нормативним ритуалом психологічної провини, культурного страху або людської занедбаності; хоча історична довідка та аналіз цих питань, безумовно, буде частиною нашого наближення до першооснови питання. Можливо, те, що нам потрібно сьогодні, — це не тільки оновлена мозаїка багатогранної спокути за те, що ми, як люди, здатні завдати один одному, коли ми приймаємо рішення поступитися ідеологічному страху і ненависті. Я думаю, що ми все більше усвідомлюємо той ступінь насильства, яке може завдати людина, і той біль, який ми можемо генерувати і поширювати серед самих себе і далеко навколо, з тих чи інших причин. Тому я сподіваюся не лише згадати, а й оживити за допомогою цього вірша контексти, символи і рішення, які набувають форми мовчання та байдужості, оскільки сьогодні ми повинні бути одночасно емоційно натхненними і раціонально впевненими в нашій потребі один в одному, і в нашій потребі в загальних еталонах, які ми можемо засвоювати, відображати і розвивати таким чином, щоб пам'ятати, практикувати, вибудовувати і поліпшувати наші старі / нові / і майбутні спільні основи.

Вірш: чи здатні «ми»? Ніщо, здається, не зображує сучасні вимоги до толерантності краще, ніж знаменитий вірш, який починається словами: «Спочатку вони прийшли за комуністами» Мартіна Німьоллера (1892–1984), німецького пастора і теолога.

*«Коли нацисти прийшли за комуністами,
я залишався безмовним. Я не був комуністом.
Коли вони саджали соціал-демократів,
я промовчав. Я не був соціал-демократом.
Коли вони прийшли за членами профспілки,
я не протестував. Я не був членом профспілки.
Коли вони прийшли за католиками,
я не кричав. Я не був католиком.
Коли вони прийшли за євреями,
я не обурився. Я не був євреєм.
Коли вони прийшли за мною,
не залишилось нікого, хто б заступився за мене».*

Сюжет цього вірша описує хворобливу діалектику. Рух, як вбачається, спрямовується тими, хто переслідує інших; усі групи, переслідувачі й переслідувані, мають щось спільне, чим водночас вони відрізняються один від одного: вони поділяють ідеологію чи культурну ідентичність, яка дозволяє нам відрізнити одних від інших. На кожному етапі переслідування є затуманена суб'єктивна ідентичність, яка виходить на сцену тільки для того, щоб відстояти свою нездатність до консенсусу, оскільки не має нічого спільного із тими, хто зазнає переслідувань.

Наслідок відсутності усного слова стає надто очевидним: тиша перетворюється на смертельну самотність, яку вона породжує. Це темна логіка, яка впливає на людей безпосередньо, так само, як стріла проходить крізь серце, тому що кожен може інстинктивно зрозуміти, які питання і який жереб поставлено на карту. Ми відчуваємо себе безпосередньо пов'язаними, завдяки наполегливості вірша, що напряду посилює переконаність у тому, що толерантність не може проявлятися тільки в пасивності, а й має набувати форми глибокої занепокоєності, значення фундаментального питання, яке стосується всіх без винятку.

Ми всі відчули певний ступінь занедбаності. Але ця розповідь не про максимізацію чи навіть трансформацію потенціалу співчуття до себе самого в нашому моральному розвитку... Є істотні відмінності між провинною і відповідальністю. Тут існує щось глибоко особисте, і це має стосунок до того, що б ви і я робили, якби ми мали можливість діяти або зробити вибір на користь того, щоб не діяти, тобто: чи дійсно відмова від інших може бути виправдана з моральних міркувань і чи дійсно наша позиція не бути задіяним і не мати жодного стосунку до долі переслідуваних насправді є способом співучасті, замаскованої у вигляді самопереконавання, яке породжує фатальну самотність? І, звичайно, найбільш неприємне питання з усіх: на що ми здатні в переслідуванні інших і на якій підставі?

Легко і однаково небезпечно стверджувати, що ми живемо в суспільстві, в якому ми часто опиняємося в ситуації, в якій, без будь-якого свідомого чи очевидного вибору, ми повинні грати роль стороннього спостерігача або свідка, що дозволяє нам уявити себе так чи інакше відповідальними і винними. Навіть якщо ми озвучуємо в багатьох випадках, що багато з наших суспільств сповзають до точки, в якій стають свого роду «суспільствами вистави» [1], вони виробляють шлях до ілюзії, в якій ситуація у світі, де ми живемо, розглядається як простий «об'єкт» для спостереження. Вірш М. Німьоллера на перевірку виявляється безцінним, оскільки він викриває двозначність і невід'ємну небезпеку відчуття зручності ніби то «нейтрального» й такого, що «не цікавиться» тим, що відбувається, глядача.

М. Німьоллер зачіпає це питання у свій особливий спосіб, нагадуючи нам, що в умовах нетерпимості логіка стороннього спостереження може поступитися страху, малодушності або фатальній самотності. Якщо це так, чи не повинні ми також сказати, що сучасна концепція толерантності не може (як показано в її етимології) бути обмеженою необхідністю, викликаною нашим усвідомленням «страждання для і заради інших» [2, р. 11; 3, р. 366]¹?

Звичайно, слід зрозуміти, що якщо ця позиція може бути тільки сильно педагогічною і такою, що часто виступає необхідною передумовою для толерантнос-

¹ У класичній латині дієслово *tolerare* завжди вказує на подолання страждань або на опір нещастю.

ті, розуміння толерантності все ще прагне своєї матеріалізації як «питання», що потребує нашої відповіді як людських істот і, що навіть більш важливо, нашої відповіді як членів особливої «правової спільної основи» (точки перетину), в якій наші відповідні індивідуальності й спільності перебувають у фокусі та встановлюються демократично.

Оскільки ми хочемо розглянути вірш М. Німьоллера, необхідно прояснити його зміст у контексті життя автора. Це посилання буде мати важливе значення не тільки для розуміння вірша, а й, що важливіше, щоб скласти уявлення про його величезний вплив у всьому світі, починаючи з кінця Другої світової війни. Після цього можна буде пов'язати вірш із цінністю толерантності.

М. Німьоллер і його протистояння нацизму. М. Німьоллер відомий завдяки його протистоянню нацифікації протестантської церкви Німеччини. Він починав як звичайний пастор у передмісті Берліна, і став протестувати, коли у вересні 1933 р. протестантська церква почала підпорядковуватися нацистському режиму і пастирів-«неарійців» було вигнано.

М. Німьоллер створив, разом з іншими антифашистами з числа духовенства, нову організацію під назвою Пасторський союз (Pfarrernotbund), який проводив роботу серед церков, щоб зірвати процес нацифікації. Коли Протестантська церква стала Церквою рейху [4] у 1934 р., М. Німьоллер та інші опозиціонери залишили її і заснували Сповідницьку церкву (Bekennende Kirche)¹ [5]. Від самого початку ця нова Церква безпосередньо боролася проти нацистської диктатури, відкрито ставила під сумнів її ідеологію, яка, на думку представників Церкви, була нехристиянською і аморальною [5]².

Через позицію опору режиму М. Німьоллер був заарештований у 1937 р. і направлений до концтабору Заксенхаузен. У 1941 р. він був переведений до концтабору Дахау.

Звільнений після падіння нацистського режиму в 1945 р., М. Німьоллер присвятив решту свого життя відновленню німецької протестантської церкви, і аж до самої смерті в 1984 р. він був переконаний, що Німеччина (і протестантська церква) поділяє колективну відповідальність за звірства, скоєні нацистським режимом. Відповідно, він був одним із творців Штутгартської декларації вини у жовтні 1945 р., в якій протестантська церква визнала свою «провину» за звірства, вчинювані нацистами, як своїми діями, так і бездіяльністю.

М. Німьоллер підтверджував це «визнання провини» і його богословську й пастирську значущість багато разів як у своїх статтях, так і у проповідях. Дійсно, розглядуваний вірш також може бути проаналізовано в контексті визнання провини, як вираз бурхливих запитань і моральних викликів часу.

¹ М. Німьоллер згадується у відповідних творах як лідер антигітлерівського супротиву: «їх найбільш активним лідером є у минулому командир підводного човна, якого тепер звільнено з посади єпископа рейху» [5, р. 173]. М. Німьоллер фактично був командиром підводного човна під час Першої світової війни.

² «Це нове язичництво засноване на іншій підставі — святості крові й ґрунту, міцності, раси і нації. Це все те, що мінімізує християнську етику». Що стосується ситуації в самій протестантській церкві, то зазначається таке: «У Церкві радикальне крило групи під назвою “Рух німецьких християн” відкрито виступало за паганізацію християнства, прагнучи скасувати Старий Завіт й очистити Новий Завіт. Окремі протестанти повстали проти цього руху, над яким було отримано перемогу; однак при цьому язичницькі тенденції в Церкві не припиняються. Замість цього помірковане крило руху продовжує існувати на чолі з єпископом рейху, і поступово воно охоплює всю Церкву... У цих рухах ми спостерігаємо відродження стародавніх демонів, яких Христос переміг, і поневолення церковного християнства й християнського гуманізму» [5, р. 173].

Якби ви могли почути чоботи солдатські. Є величезна кількість дуже різних версій цього вірша, і навіть існує певна втаємниченість щодо точної оригінальної версії. Насправді, оригінальної версії просто не існує. Хтось вважає, що слова М. Німьоллера, сказані усно, були повторені й перефразовані у вірші, який було йому приписано і який існує в різних варіантах. Для інших слова М. Німьоллера, сказані усно кілька разів у декількох версіях ним самим, як і багато його проповідей, тепер стали віршем.

Ми не маємо наміру вирішувати це питання. Як філософи права, ми приймаємо всі версії як справжні. При цьому ми можемо більш уважно придивитися до вірша в його німецькій версії:

*'Als die Nazis die Kommunisten holten,
habe ich geschwiegen;
ich war ja kein Kommunist.
Als sie die Sozialdemokraten einsperrten,
habe ich geschwiegen;
ich war ja kein Sozialdemokrat.
Als sie die Gewerkschafter holten,
habe ich nicht protestiert;
ich war ja kein Gewerkschafter.
Als sie die Juden holten,
habe ich nicht protestiert;
ich war ja kein Jude.
Als sie mich holten,
gab es keinen mehr, der protestierte.*

Для тих, хто володіє німецькою мовою хоча б трошки, ці слова, доволі просто, лунають як відголосок свідомості.

За своїм ритмом і звучанням, навіть за мелодією, ці слова зіштовхуються разом наче реальність, у якій час і простір розбилися об грубу логіку. Це як ніби ми були там, і ніби чули звук чобіт і людей, які швидко піднімаються сходами. Чи тут вони? Чого вони хочуть? Кого вони заарештовують цього разу? Наших сусідів? Чоловіка з 5-го поверху, який має кумедне прізвище? Чи вони йдуть до нас?

Легко собі уявити виконання цього вірша на сцені в п'єсі а ля Бертольда Брехта. Тільки уявіть собі театр, схожий на ті, яких більше не існує. Тоді спробуйте відтворити сцену з її цементними стінами, трубами, що виглядають зі стелі, голу архітектуру і перш за все несамовиту і важку музику Курта Вайля або, ще краще, атональну музику Ганса Ейслера.

У поєднанні з прямим і політичним реалізмом Б. Брехта ефект можна легко уявити: сцена занурилася в темряву, жодного декору, і тільки чорне листя опадає, світло спрямовано на промовця, шум і звуки насильства на другому плані, пронизливий плач, що, на перший погляд, звучить десь далеко, але потім стає ближче, ближче, майже там, де відбуваються події, й досягає кульмінації разом із посиленням звуку чобіт і криків, що вибухають прямо на наших очах: насильство показало, якою є людська особистість.

Чи міг би цей вірш у якийсь спосіб стати частиною п'єси Б. Брехта «Кар'єра Артуро Уї» [6; 7], що присвячена боротьбі проти А. Гітлера? Із драматичною

магією Б. Брехта цей вірш може тільки наповнити нас жахом, до ступеня паралічу наших фундаментальних переконань, при повному ігноруванні подальших роздумів і змісту.

Потім вони прийшли за комуністами. Спробуємо зрозуміти вірш у контексті Німеччини 1933 р. Фактом є те, що, за сліпою прихильністю, якщо залишити поза дужками певні темні схеми і владні стратегії, Пауль фон Гінденбург усунув політичні інститути та демократичні процедури, після чого свідомо передав владу в Німеччині в руки А. Гітлера, без будь-якої демократичної легітимації [8].

Після приходу до влади одним із важливих стало питання консолідації. Згадайте, хоча диктатура А. Гітлера могла бути встановлена відразу шляхом ліквідації комуністів, євреїв і юніоністів, це відбулося тільки за допомогою конкретних і дуже продуманих механізмів для того, щоб могла спрацювати логіка «індустрії смерті».

Це почалося з політики евтаназії для людей, які страждають на психічні або дегенеративні захворювання, або просто для людей, що не мають надії на одужання. Це була державна логіка спричинення «легкої смерті» (евтаназії), як того вимагає расова евгеніка.

Більше того, концентраційні табори на початку 1933 р. розпочали кампанію «насильницької смерті» шляхом утисків, голоду, хвороб і примусової праці. У першу чергу її було спрямовано на супротивників режиму, таких як комуністи, активісти і релігійні інакодумці (на зразок М. Німьоллера), але також вона поширювалася на «небажаних», таких як євреї і цигани.

У Німеччині, а потім і в інших європейських країнах, окупованих німецькою армією, щороку ця логіка смерті ставала дедалі більше схожою на технічну стратегію, зосереджену на неугодних.

На Ванзейській конференції у 1941 р. нацистські чиновники встановили послідовне, функціональне і повною мірою промислове планування, що призвело до найжахливішого геноциду в історії.

Ханна Арендт у своїй книзі «Ейхман в Єрусалимі» [9–13] описує цю техніку знищення, наводячи опис того, як офіційна особа Адольф Ейхман, бездушна і безпринципна істота, зібрав до купи свої здібності, щоб впровадити залізничну систему для транспортування євреїв до концентраційних таборів і таборів смерті.

Завдяки своїм організаторським здібностям А. Ейхман був спроможний подолати всі пов'язані з війною обмеження в реалізації плану. Він вів переговори з урядами інших країн і переконав різних лідерів у розсудливості плану нацистів щодо вирішення долі євреїв. Коли Х. Арендт розповіла свою історію, вона вислухала аргументи захисту А. Ейхмана, який на той час виступав за обвинуваченням у «злочині проти людяності» у Верховному Суді Ізраїлю й стверджував, що він тільки «виконував накази» [14; 15] і «організовував перевезення залізницею».

«Я залишався безмовним. Я не був комуністом». Це правда, що із нацистським режимом боролися з першого дня приходу до влади, й навіть раніше. Я маю на увазі чоловіків і жінок, які пожертвували всім, включаючи свої життя, для боротьби з нацистською машиною [16]. Насправді, культура насильства і терору, створена нацистами, була не тільки наступальним інструментом; також вона являла собою постійні зусилля із подолання опору.

Той факт, що не всі поводили себе, як герої, не дозволяє нам маркувати всіх як трусів, опортуністів або тихих співучасників. Ми маємо втриматися від цих поспішних суджень. І все ж факт залишається фактом: спочатку, у 1933 р., значна частина Німеччини погодилася із приходом А. Гітлера до влади [17]. Для них він був рятівником; лідером, який міг відновити втрачену гідність Німеччини і реалізувати відповідну грошову та промислову політику. Коротше кажучи, він міг оживити економіку.

Після 1936 р. для середнього класу Німеччина була синонімом *Volkswagen* і *Autobahnen*, а також втіленої обіцянки приходу середнього класу життя до уразливих груп суспільства. Таким чином, вони, здається, виходили із того, яким би насправді це не було жахливо неправильним, що навіть якщо режим має приховану й іноді очевидно варварську сторону, все врешті-решт спрацює. На жаль, той факт, що ретроспективно ми можемо судити про ці уявлення і про цю поведінку як про такі, що допустили біль і страждання, не змінює історичного факту.

Ми так наполягаємо на цьому аспекті, оскільки М. Німьоллер звертається до нього лише побічно у своєму вірші.

Як сказано у вірші, спочатку «вони» прийшли за комуністами.

Серед консерваторів і лібералів було спільне розуміння того, що комуністи були зрадниками, лояльними тільки до Сталіна, та прихильниками більшовицької диктатури, і що вони заслужили покарання. Хто-небудь заперечив проти цього? Хтось був, але їх ніхто й не слухав.

Коли «вони», нацисти, прийшли за соціал-демократами, чому б консерваторам і лібералам не тримати свої очі заплющеними, думаючи, що самі соціал-демократи були лише «комуністами під прикриттям» з їх наполяганнями на рівності, або чому, яка не мала поваги до порядку, власності й до формального характеру закону? Хтось протестував? Деякі протестували, але того було замало.

Потім, коли нацисти напали на профспілки, хтось міг би кричати після того як німецькі ЗМІ довгий час прищеплювали думку про занадто велику владу у профспілок, про зловживання з їх боку і про те, що, швидше за все, саме профспілки несуть відповідальність за економічну кризу в Німеччині? Так що, хтось протестував? Знов-таки, деякі це робили, але їх було дуже небагато.

Потім, коли нацисти прийшли за євреями. Хтось протестував? Так, деякі, але хто їх почув?

План консерваторів і лібералів зупинити соціалістів, щоб позбутися їх, який був постійною політичною ознакою всієї політичної і філософської історії з ХІХ по ХХІ ст., призвів до зворотного ефекту. Їх стратегіями розвалилися, і їх фаустівський пакт із А. Гітлером і нацистами жорстко їх затиснув. Зрештою вони опинилися в страшній самотності, оскільки не залишилося соціалістів, щоб захистити їх від нацистів.

Просто не залишилось нікого, хто міг би захистити їх від їхніх власних стратегем й ненависті, яку вони дозволили відтворити власною бездіяльністю. Звичайно, вони читали Фауста [18; 19], і вони, швидше за все, замислювалися над фаустівським пактом, але вони так і не зрозуміли, що це не тільки класичний роман, а й урок, який потрібно було засвоїти: той, хто укладає договір із дияволом, втрачає не тільки своє життя, а й щось більш цінне — свою непорочність, що є такою необхідною для вирішення того, що, врешті-решт, ми повинні робити з собою і зі своєю долею.

«Нікого не залишилось, хто б міг щось сказати». Існує релігійна складова у вірші М. Німьоллера.

Гостре пастирське сприйняття і навіть грім проповіді відчуваються протягом всієї розповіді. Це просто крайня реакція доброго самаритянина¹, який не мав змоги врятувати нікого, тому що він був ув'язнений і перебував у концтаборі.

М. Німьоллера могла б спіткати та ж доля, що й Дітріха Бонхьоффера², протестантського богослова, який помер через повішання 9 квітня 1945 р., за кілька днів до остаточного падіння режиму. Очевидно, нацисти не хотіли дати йому вижити.

В англійській версії вірша акцент робиться перш за все на трьох політичних категоріях (комуністи, соціал-демократи і члени профспілок), а потім завершується в посиленому темпі трьома релігіями. Першими згадуються католики, потім євреї, і, нарешті, протестанти Сповідницької церкви, які страждають від нацистських переслідувань.

Насправді, Сповідницька церква проповідувала, як і католики, що Ісус був євреєм. І що нацистська теза і їх наполягання на «позитивному християнстві» (у межах відкрито язичницької філософії!) були явним шахрайством. І що їх так зване «позитивне християнство» було обманом, розробленим нацистськими чиновниками для маніпулювання населенням, яке мало звикнути до поєднання владних текстів зі словами Христа.

Треба відзначити, що М. Німьоллер визнавав християнство і боровся проти неоязичництва та його спокусливого виклику германській расі. Його слова нагадали нам, що кожен християнин повинен знати: Ісус не був націоналістом. Це основний факт, який простежується в усьому Євангелії, і апостол Павло (який почав своє релігійне життя як євреї) підкреслив його описом того, чим зумовлено християнське пробудження.

Але у М. Німьоллера не було потреби міркувати про непорозуміння останніх століть між іудаїзмом і християнством, він лише підкреслив той безперечний факт, що нацисти, нападаючи на євреїв, також напали на християн і на саму сутність християнства. Їхня нацистська релігія, заснована на «расі, крові й націоналізмі», була повною протилежністю християнству.

У цьому специфічному сенсі тінь винуватості у нездатності захистити євреїв, їх старших братів падає на всіх християн як провина за те, що не виявилися справжніми християнами, зіткнувшись зі світом, який, як це часто буває, шанує своїх нових золотих тельців.

Прочитання в такий спосіб, у християнській парадигмі, завжди ставить перед нами на сцену того, кого ми хочемо розбудити, розштовхати: представника німецького середнього класу протестантського віросповідання. Того, хто, упродовж 30-х років був таким щасливим і сподівався побачити знову зростання фабрик, будівництво й ремонт доріг, магазини, повні товарів, які він, нарешті, може купити.

Так, двері, перед якими «вони», нацисти, зрештою зупинилися, були дверми одного із представників Сповідницької церкви, або просто дверима будинку

¹ Лус, 10, 29

² Дітріх Бонхьоффер (1906–1945) був засуджений за участь в Операції-7, під час якої група євреїв змогла перетнути кордон і перейти на територію Швейцарії. Він також брав участь у плануванні вбивства А. Гітлера. Сьогодні Д. Бонхьоффер головним чином відомий своїми книгами [див.: 20; 21]. Про самого Д. Бонхьоффера див.: [22].

М. Німьоллера, якого, як вже було сказано вище, буде заарештовано, ув'язнено і відправлено до концентраційного табору в 1937 р. Чи був там хтось, хто в той момент міг би протестувати, свідчити, взяти на себе ініціативу? Чи був там хтось, щоб просто сказати: «Ні»? Напевно, хтось був, але знов-таки, чому ніхто нічого не сказав?

«Потім вони прийшли за нами». Тепер настав час підкреслити основні відмінності між двома англійськими версіями. В одній автор чітко називає нацистів, в іншій він тільки каже «вони»:

*First they came for the Communists,
and I didn't speak up,
because I wasn't a Communist.
Then they came for the Jews,
and I didn't speak up,
because I wasn't a Jew.
Then they came for the Catholics,
and I didn't speak up,
because I was a protestant.
Then they came for me,
and by that time there was no one left to speak up for me.
(Спочатку вони прийшли за комуністами,
Я нічого не сказав. Я не був комуністом.
Потім вони прийшли за євреями.
Я нічого не сказав. Я не був євреєм.
Потім вони прийшли за католиками.
Я нічого не сказав. Я був протестантом.
Потім вони прийшли за мною,
І в той момент вже не було нікого,
хто міг би щось сказати на мій захист.)*

Ми можемо не відчувати стиль Б. Брехта і в цій версії також, утім вона в іншій спосіб пояснює необхідність толерантності й, здебільшого, для боротьби за суспільство, яке може викоринити нетерпимість. Хіба не цей жорстокий урок ми засвоїли з нацистських часів?

У той час як одна англійська версія точно переносить у вірш звірства нацистів, інша — передає їх в абстрактній і позачасовій формі. Через той факт, що «вони» можуть у цей час означати будь-яку силу гноблення і дискримінації, таке «вони» більшою мірою підкреслює актуальну й сучасну картину.

Тому що «вони» не припинили свою війну проти людства, проти того, що чоловіки і жінки вберегли (або спробували вберегти) від їх релігійної ідеології, етнічного і племінного фанатизму. Інакше кажучи, «вони» й досі вбивають, влаштовують різанину, гвалтують, завдають каліцтва, вчиняють дискримінацію і т. д. «Вони», здається, єдині люди, які ніколи не сплять, а ведуть свою війну проти людської автономії, проти людей, які знаходяться поза їхнім контролем, кожену годину, як ніби нічого не сталося. Більше того, це також впливає із смертельної логіки вірша М. Німьоллера, а саме їх розрахунок на мовчання інших, на наш не-героїзм і на наш, так званий, загальний розсуд.

Висновок: практичне втілення гідності як вірність ідеї виховання толерантності, незважаючи на суттєву відмінність інших. Вірш М. Німьоллера становить потужне оповідання для нас, оскільки стимулює появу творчих контурів, здатних пов'язати права людини не тільки з толерантністю, а й із індивідуальними і соціальними обов'язками. Він закликає нас взяти на себе відповідальність не у формі провини, яка здатна породити лише смуток і жалість до себе, а через оновлене почуття переконаності й готовності широко визнати те, хто ми є насправді, і залучити інших до цього, так, щоб вибудувати і дослідити з ними нормативні посилання і практичні справи, необхідні для вибуху нашої індивідуальної гідності, щоб сміливо поділитися цим з іншими.

Треба відзначити, що толерантність і гідність є складними й проблемними концепціями, оскільки висловлювання, з яких вони конструюються, змушують нас оцінити самих себе, оцінити свою власну особистість і свої власні цінності, але найбільше вони вимагають від нас примиритися зі своєю власною історією, з речами, які ми мали зробити для або проти інших, але так і залишили їх невиконаними. Зрештою, я наводжу на думку, що практика толерантності вимагає від нас взяти на себе зобов'язання з'ясувати, що саме ми зробили, але не як ізольована вправа, а, швидше, як комунікативний досвід, в якому ми дійсно вийшли за власні межі, щоб дійсно увійти в контакт з іншими таким чином, щоб здійснити вплив на них і відчувати вплив на собі.

Не ми перші стверджуємо, що ідея «хто ти є насправді?» і «ким ти хочеш бути?» є частиною концепції толерантності, чи не так? Бо тоді питання про толерантність, сформульовані в такий спосіб, не можуть бути тільки теоретичною концепцією зобов'язання, так само як і етичним обов'язком за І. Кантом. Відверто кажучи, ми повинні, швидше, думати про толерантність у поєднанні з ресурсами, які можуть бути мобілізовані суспільством та окремими людьми.

З цієї точки зору, наше наближення дійсно є завершеним, оскільки включає людські й матеріальні ресурси, необхідні для збільшення можливих рівнів толерантності в конкретних людських групах, і тим самим підвищує видимі й відчутні показники толерантності в усьому світі. Тільки окремі країни — їх, на жаль, занадто мало — можуть сьогодні дійсно стверджувати, що у них є необхідний менталітет, правове забезпечення і демократичні культурні «ресурси», які дозволяють відкрито управляти питанням толерантності.

Питання про толерантність, як воно задумано за своїм соціальним походженням, є не тільки справою натхнення або переконання небагатых, але набагато більш важливо, що воно вимагає, щоб кожен із нас працював у напрямі розвитку менталітету, який породжує акторів і сценарії толерантності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Debord G.* La société du spectacle / Guy Debord. — Paris : Gallimard, coll. Folio, 1996. — 208 p.
2. *Klibansky R.* Préface / Raymond Klibansky / in Paul Dumouchel and Bjarne Melkevik (dir.), Tolérance, pluralisme & histoire. — Montréal — Paris : L'Harmattan, 1998. — 224 p.

3. *Bejczy I.* Tolerantia: A Medieval Concept / Istvan Bejczy // Journal of the History of Ideas. — 1997. — Vol. 58. — P. 365–384.
4. *Reymond B.* Une Église à croix gammée. Le protestantisme allemand au début du régime nazi (1932–1935) / Bernard Reymond. — Genève : L'âge d'homme, 1980. — 313 p.
5. *Tillich P.* Religion in Life. A Christian Quarterly / Paul Tillich. — Cincinnati — New York — Chicago. — 1934. — Vol. III, № 2. — P. 163–173.
6. *Brecht B.* The Resistible Rise of Arturo Ui / Bertolt Brecht / in Collected plays «Poems 1913–1956»; ed. Ralph Manheim and John Willett. — New York : Random House/Vintage. — Vol. VI (ii). — 564 p.
7. *Fear and misery in the Third Reich* / in Collected plays «Poems 1913–1956», ed. Ralph Manheim and John Willett. — New York : Random House/Vintage. — Vol. VI (ii). — 564 p.
8. *Melkevik B.* Légalité et légitimité : Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus / B. Melkevik. — Les Cahiers de droit. — 1999. — Vol, 40, no 2. — P. 459–477.
9. *Arendt H.* Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil / Hannah Arendt. — New York : the Viking Press, 1963. — 336 p.
10. *Hannah Arendt Revisited: «Eichmann in Jerusalem» und die Folgen*, edited by Gary Smith. — Frankfurt/M. : Suhrkamp, 2000. — 312 p.
11. *Benhabib S.* Arendt's Eichmann in Jerusalem / Seyla Benhabib/ in Dana R. Villa (dir) // The Cambridge Companion to Hannah Arendt. — Cambridge : Cambridge University Press, 2000. — P. 65–85.
12. *Bernstein R. J.* Hannah Arendt and the Jewish Question / Richard J. Bernstein. — Cambridge (Mass.) : MIT Press, 1996. — 251 p.
13. *Villa D. R.* Politics, Philosophy, Terror: Essays on the Thought of Hannah Arendt / Dana R. Villa. — Princeton : Princeton University Press, 1999. — 269 p.
14. *Melkevik B.* Diritto, obbedienza ed istituzione militare / B. Melkevik. — Rivista Internazionale di Filosofia del diritto. — 2003. — Vol. LXXX, no 1. — P. 31–50.
15. *Melkevik B.* Obedience, Law and the Military / B. Melkevik. — Professional Ethics. — 2002. — Vol. 10, nos 2, 3 & 4. — P. 267–283.
16. *Hoffman P.* The History of the German resistance 1933–1945 / Peter Hoffman. — Montréal & Kingston : McGill-Queen's University Press, 1996. — 853 p.
17. *Goldhagen D. J.* Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust / Daniel Jonah Goldhagen. — New York : Alfred A. Knopf, 1996. — 656 p.
18. *Ouellet F.* Johann Wolfgang von Goethe (1749–1832), Faust 1 et 2 / Fernand Ouellet. — Paris : Flammarion, 1984.
19. *Mann K.* Mephisto: Roman einer Karriere / Klaus Mann. — New York : Penguin Classics, 1995. — 416 s.
20. *Bonhoeffer D.* Ethics / Dietrich Bonhoeffer. — Touchstone, 1995. — 384 p.
21. *Bonhoeffer D.* Letter and Papers from Prison / Dietrich Bonhoeffer. — Touchstone, 1997. — 448 p.
22. *Morris K. E.* Bonhoeffer's ethic of discipleship: a study in social psychology, political thought, and religion / Kenneth Earl Morris. — University Park : Pennsylvania State University Press, 1986. — 160 p.

Мелкевік Б. Поезія як стійкість: викриття тиші й байдужості (толерантність до несправедливості як загроза демократії і правам людини)

Анотація. Автор звертається до концепції толерантності й наполягає на тому, що вказана цінність не може розумітися тільки як пасивна терпимість до інших. Вона спонукає брати на себе відповідальність за власні дії й бездіяльність, готовність щиро визнати, ким ми є насправді, й взаємозалежність нашого існування та існування тих, хто відрізняється від нас.

У центрі статті — вірш «Спочатку вони прийшли за комуністами», автором якого є Мартін Німьоллер (1892–1984), німецький пастор і теолог. Указаний твір виступає ілюстрацією вимог толерантності: ставлення до життя з точки зору стороннього спостерігача, позиція невтручання, коли поряд вчиняється несправедливість щодо тих, хто, як здається, відрізняється від тебе, зберігання мовчання в момент, коли на твоїх очах порушуються права людини, призводить до фатальної самотності. Остання, у свою чергу, має своїм наслідком відсутність можливості захистити себе, коли сам опиняєшся жертвою посягання.

Ключові слова: толерантність, нацизм, насильство, відповідальність, провинна, бездіяльність, «суспільство вистави», байдужість.

Мелкевик Б. Поэзия как стойкость: разоблачение тишины и равнодушия (толерантность к несправедливости как угроза демократии и правам человека)

Анотація. Автор обращается к концепции толерантности и настаивает на том, что указанная ценность не может пониматься только как пассивная терпимость к другим. Она требует того, чтобы брали на себя ответственность за свои действия и бездействие, готовность искренне признать, кем мы являемся на самом деле, и взаимную зависимость нашего существования и существования тех, кто отличается от нас.

В центре статьи — стихотворение «Сначала они пришли за коммунистами», автором которого является Мартин Нимёллер (1892–1984), немецкий пастор и теолог. Указанное произведение выступает иллюстрацией требований толерантности: отношение к жизни с точки зрения стороннего наблюдателя, позиция невмешательства, когда рядом совершается несправедливость в отношении тех, кто, как кажется, отличается от тебя, хранения молчания в момент, когда на твоих глазах нарушаются права человека, приводит к роковому одиночеству. Последняя, в свою очередь, имеет своим следствием отсутствие возможности защитить себя, когда сам становишься жертвой посягательства.

Ключевые слова: толерантность, нацизм, насилие, ответственность, вина, бездействие, «общество спектакля», равнодушие.

Melkevik B. Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference (Tolerance to Injustice as a Threat to Democracy and Human Rights)

Summary. The author refers to the concept of tolerance and insists that this value can not be understood only as a passive tolerance to others. It requires taking on responsibility for own actions and omissions, the willingness to genuinely recognize who we really are and the mutual dependence of our existence and the existence of those who are different from us.

The poem «First they came for the Communists» authored by Martin Nimöller (1892–1984), a German pastor and theologian, is in the center of the paper. The poem illustrates the requirements of tolerance: attitude to life from the perspective of an outside observer, the position of non-interference, when the number of injustice is being done with regard to those who seem different from you, the keeping silence at the moment when human rights are violated leads to the fatal loneliness. It has the effect of the absence of an opportunity to defend oneself when you become a victim of assault.

Key words: tolerance, Nazism, violence, responsibility, fault, omission, «spectacle society», indifference.

КУЛЬТУРА ВИНИ

С. САВЧУК
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії
та історії держави і права
(Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича)*



У сучасній західній культурі зміст вини визначається здебільшого правовим контекстом і психологічними її інтерпретаціями. Правові інститути постають як канали масової трансляції вини, покарання, захисту і порядку. Соціальні норми розглядають вину як стан, антитетичний правоті, в якому опиняється людина, яка скоїла аморальний проступок або вчинила правопорушення. Уся дискусія зводиться до теми інституціонального покарання: визначення вини суб'єкта — підстава для притягнення його до відповідальності за вчинене злочиння. Людина сприймає вину як вид моральної санкції, одну з форм духовного впливу, механізм самооцінки індивіда. Осмислюється вона, в одному випадку, в її причетності до зла. І це не суперечить цивілізаційній парадигмі Заходу, концептами якої є «перворідний гріх» і «вроджена гріховність людської природи». В іншому — як благо, пов'язане зі знаходженням спокою в душі і миру з іншими людьми.

Чи вичерпується такими значеннями концепт вини? Яка зумовленість цих значень культурним контекстом? Відповіді на ці запитання залежать передусім від інтерпретації смислового простору культури. Р. Бенедикт у праці «Хризантема і меч. Моделі японської культури» вини протиставляє сором, виокремлює західну (інтровертну) «культуру вини» та східну (екстравертну) «культуру сорому». Культурологічний феномен вини постає як паттерн значень, що історично передаються, і втілюються у символах; як система успадкованих уявлень, відображених у символічних формах, за допомогою яких люди сповіщають, зберігають і примножують свої знання про це феноменальне явище [1, с. 58].

У культурі, де належність до певної групи означає більше, ніж збереження індивідуальності, значною є ймовірність того, що саме сором відіграє роль конститутивного механізму соціального контролю. Як наслідок, у людини формується звичка співвідносити свої дії з очікуваннями і моральними оцінками оточуючих. Апеляція до громадської думки, бойкот і висміювання — генеральні механізми виховання сорому [2, с. 156–157]. Стародавня Греція є прикладом цього. У давніх Афінах існувала процедура остракізму, відлучення від суспільства. Людину (небажаного громадянина) народним голосуванням відправляли на десять років у вигнання. І це не покарання за певне діяння, а превентивний

© С. Савчук, 2014

захід, щоб запобігти захопленню влади, або унеможливити потенційно небезпечний вплив на окіл. Саме ж покарання, здебільшого, було символічним. Допомоги ззовні (з боку інституцій) уникали. Воліли карати соромом.

В іншій моделі превалює значення вини як внутрішнього регулятора поведінки людини, орієнтації на самооцінку¹. Дії оцінюються та осуджуються самою людиною відповідно до інтерналізованих моральних норм, і коли інші не знають про скоєний нею злочин. З'являється індивідуально-особистісний, внутрішній контрольний механізм — совість. При цьому дії та оцінки корелюються з обов'язком. Суд над людиною, її вчинками і помислами, здійснює совість як духовна моральна інстанція. Виховується таке почуття суворою дисципліною і тілесними покараннями [4, с. 216], значущим оточенням і страхом перед осудом. Невиконання інтерналізованої норми викликає в індивіда муки сумління, породжує самозвинувачення [5]. Вина мотивується потребою в моральному сенсі дії, саморегуляцією.

Із часом результати порівняльно-культурологічних досліджень довели спочатку умовність цих меж, а надалі ініціювали поступову відмову від цієї типології культур. Крім того, дискретно розмежувати їх досить проблематично, навіть із причин невизначеності вихідних понять «сором» і «вина». Ці засоби соціального контролю не стільки замінюють одне одного, скільки доповнюють, співіснують у кожній із культур, диференціюючись за сферами свого впливу. При цьому міжкультурної відмінності ніхто не заперечує. По-різному пояснюється лише пріоритет того чи іншого регулятора поведінки. На думку однієї групи вчених, феноменологія та композиція сорому і вини ідентичні у всіх культурах. Варіюється відносна їх рельєфність залежно від специфіки певної культури. Прихильники іншого підходу розрізняють культури за соціальним значенням і частотою проявів у індивідів почуттів вини та сорому. Структура соціальних відносин, динаміка культурних цінностей опосередковують вираження цих та інших емоцій. Так, в Японії сором розглядається як більш позитивна цінність, ніж у країнах Заходу. «Хто відчуває сором, той відчуває і обов'язок» — звичайна приказка. Існують також культурно-специфічні форми сорому і вини: японець переживає сором, якщо норми порушує член групи, з якою він себе ідентифікує [4, с. 218–219]. Людина у країнах Заходу — насамперед інтернальна. Як представник індивідуалістської культури вона схильна до фундаментальної помилки дистрибуції — переоцінювати вплив особистісних диспозицій (компетентність, здібність, цілеспрямованість тощо) й недооцінювати дію ситуації на поведінку. На думку Г. Тріандіса, якщо репрезентант колективістської культури, порушивши узвичаєні норми, відчуває передусім почуття сорому перед «своїми», то в індивідуалістській культурі людина відчуває відповідальність перед самою собою (власною совістю) або Богом [6, с. 209–223]. Утім індивідуалізм/колективізм, переконані ми, — не взаємовиключні полюси теоретичного континууму, не дихотомія протилежних базових цінностей. Ці культурні синдроми можуть співіснувати. І залежно від ситуації проявляються в кожній культурі, усякій людині. Певні цінності (наприклад, мудрість, істина, любов, прекрасне) однаковою мірою відповідають інтересам як групи, так і індивіда, а тому регулюють поведінку в будь-якій культурі. Є й такі універсальні цінності, які, будучи колективними, не є груповими (захист миру та навколишнього природного середовища, соціальна справедливість тощо).

¹ Синонімічно поняттю вини, у даному контексті, оперують ідеєю совісті (див., наприклад: [3, с. 262]).

Синхронічне дослідження значущості феноменів сорому і вина в різних культурах доповнює діахронне їх осмислення. Використання цих понять при виокремленні етапів історичного розвитку, під час якого соціальна поведінка стає більш усвідомленою й персоніфікованою, констатує І. Кон [7; 8]. Культурологічні опозиції, підкреслює вчений, — складові єдиної, загальної системи, в якій кожній негативній санкції, як-то страх, сором і вина, відповідає певне позитивне начало. Між ними при цьому існує генетичний і функціональний зв'язок. Наприклад, страх — одне з чільних емоційних переживань, пов'язаних із моральними санкціями. Будучи інстинктивно-біологічним у своїй основі, запрограмованим генетично, він виражає ставлення до зовнішніх сил. У системі культури регулює відносини з чужими, сторонніми, потенційно ворожими «вони». Йому, у позитивному розумінні, протистоїть почуття впевненості, захищеності, безпеки. Культура же сорому виходить за рамки інстинктів, однак залишається партикуляристською. Діє всередині певної людської групи: соромитися можна тільки «своїх». Орієнтує свідомість індивіда на громаду, не диференціюючи між соціальним та індивідуальним. Розмежування вчинку і мотиву в переживанні сорому, звісно, ще немає. Випадкові обставини, не залежні від волі людини, — одні з детермінант цього почуття. Його позитивний корелят — честь, слава, визнання і схвалення з боку «своїх». Вищий рівень інтеріоризації соціальних норм означає виникнення совісті, індивідуально-особистісного контрольного механізму. Почуття та усвідомлення вина — негативний її аспект. На відміну від сорому, почуття вина є внутрішнім і суб'єктивним, означає суд над собою. Лише той, хто усвідомлює себе суб'єктом діяльності, може бути винуватим, і тільки в межах своєї реальної відповідальності. Поширюється почуття вина як на вчинки, так і на помисли. Особистість вже здатна корегувати свою поведінку зсередини, рівняючись на засвоєні нею принципи і норми. Зміст його універсальний: сфера моральної відповідальності ширше за прямі обов'язки стосовно членів своєї громади. Поняття обов'язку як зовнішньо примусового переростає у поняття повинності як внутрішнього імперативу, а ідеал честі поступається місцем ідеї власної гідності (позитивному полюсу вина).

Фронт дії цих механізмів культурного контролю, наголошує І. Кон, може звужуватися і розширяться. Становий кодекс честі, забороняючи дворянину відчувати страх, заганяє його у підсвідомість. І навпаки, гіпертрофія страху в умовах деспотизму чи революції знищує страх. Вища форма регулювання, доповнює сказане І. Кон, не скасовує нижчу, а діалектично включає її в себе як складову. Винуватого можна визначити як сором перед самим собою, а сором — як страх перед «своїми», осуд яких гірше за смерть від рук «чужих».

Звісно, опозиція «сором/вина» — один із, але аж ніяк не єдиний критерій типологічної класифікації культур. Як явище культури вина містить моральне обґрунтування людської діяльності, пов'язаної з виправленням помилок, проступків і злочинів [1, с. 59]. Її феноменальність виключає нормативність. Вина — не моральна, а тим більше не правова норма, хоча зі свого предметного боку «полягає у порушенні певного правила як такого, у невиконанні обов'язку, що тягне за собою очевидні наслідки» [9, с. 638–639]. Руйнування звичного розвитку речей приводить до утворення вина як особливого культурного стану людини, яка не дотрималася норми, людини, культурний стан якої базується на знанні про це порушення і про наслідки скоєного. І. Кант називає її негативною

величиною у сфері практичного. У цій первинній якості вина, як і правило, з порушенням якого вона пов'язана, обмежена, навіть якщо наслідки цього проступку можуть викликати відгук надзвичайного страждання, що надає їм деякої безмежності.

У парі з покаранням і прощенням вина — засіб відновлення нормального, звичного порядку. Але ж не кожне страждання і спокутування вина може бути передумовою духовного, морального оновлення особи. Остання тоді відроджується, коли вина, її міра не виходять за установлені суспільством межі. Так, людина не повинна вбивати (Вих. 20:3–17). Умисне вбивство вказує на надмірність недопустимого, того, що повністю виходить за межу помірних порушень окремих правил, які допускає моральна свідомість. Іноді особлива жорстокість дій¹, кричуща несправедливість і волаюча нерівність соціальних умов пригломшують людину настільки, що вона не може визначити, які норми порушені. І це вже не просто протилежність, яку людина могла би усвідомити через протипоставлення допустимому. Це зло, яке причетне до радикальнішої суперечності, ніж протилежність допустимого/недопустимого². виправданням йому не може бути необхідність, зокрема виконання обов'язку чи наказу. Прийти до осягнення цієї надмірності неприйнятної можна лише подолавши прийнятне й досягнувши його межі. Тому і нове життя Родіона Раскольникового навряд чи спромоглося би стати ключовою темою Ф. Достоевського. Це не його тема [12, с. 313]; як і М. Гоголь дійшов стану внутрішньої суперечливості свого «Я», коли у другому томі «Мертвих душ» спробував виправити сильних світу цього, наділяючи їх високими моральними якостями.

Будучи усвідомленою вина виконує регулятивну функцію, постає як особливий вид внутрішньої заборони на такі дії у майбутньому. Вона, як і почуття відповідальності, гідності, совісті, сорому, страху, честі, — мотив, який реалізує норму. Вина стимулює людину виправити ситуацію, відновити нормальний перебіг подій. Створює передумови для виникнення моральних норм, які виражають себе у совісті. Підтримання громадської згоди з приводу вироблених у суспільстві і ухвалених його інститутами норм — одна з функцій вина. На думку Р. Баумейстера, остання виконує дві важливі комунікативні функції. Перша функція спрямована на відновлення відносин, яким загрожує розрив. Людина, яка скоїла проступок, вимушена вчиняти примітивні дії: визнати помилку, поступитися і вибачитися. Відшуковує слушні слова і кроки, спроможні позбавити Іншого завданого йому болю. Вона жалкує про те, що образила Іншого й просить пробачити її. Пробачення же символічно знищує спричинене зло. Відносини між ними стають вільними від образи й зненависті. Друга функція зорієнтована на покращення взаємовідносин. Вина заохочує людей до толерантності, стримує їх від скоєння проступків, що могли би завдати шкоди іншим [13]. Розширює сферу усвідомлення, горизонти особистісного буття. Робить людину вільнішою, дозволяючи їй учиняти свій власний вибір.

¹ Я. Афанасенко закликає виявити моральні засади жорстокості, яка, внаслідок орієнтації на задоволення, є виразом етики насолоди, в її девіантному аспекті. Спроби відмовити жорстокості у ціннісному характері знімають питання про особисту відповідальність. Санкції стосовно жорстокості існують. Але, будучи позасутнісною, невиявною щодо ціннісно-забарвленого простору особистого буття, жорстокість залишається лише суспільною загрозою (див.: [10]).

² Готфрід Вільгельм Лейбніц ототожнював соціальне зло з крадіжкою (див.: [11]).

У зв'язку з цим виникає запитання: чи є вибір однієї можливості, поступаючись іншими, виною? Ствердна відповідь «так» на нього цілком природно означає, що людина як релятивна істота самим своїм буттям стає «злочинною», оскільки вина неможлива без зла і страждання. І якщо, на думку М. Гайдеггера, феномен вини менш за все може бути прояснений розумінням зла як браку добра, то що ж тоді собою являє це постійне відставання людини від своїх можливостей, як не дефіцит здійснення цих можливостей?! Адже ця недостатність саме і призводить до того, що винуватість стає основою кожного злочину і що у такий спосіб саме існування перетворюється на вину.

Релятивність не є винуватість. Замкнута і обмежена, релятивність — онтологічний стан людини. Це можливість, яка сама себе визначила: моя велич у тому, що Я сам є те, що Я є. Убачати тут винуватість означає надавати мовній двозначності характеру онтологічної дійсності, і тим знецінити людину як релятивну істоту. Людина не винувата у тому, що вона є. Людина не зобов'язана своїм існуванням, оскільки обов'язок завжди передбачає щонайменше двох незалежних суб'єктів. Навіть у релігійному світосприйнятті, — наголошує А. Мацейна, — немає суб'єкта, який міг би прийняти «дар» і тому залишився би боржником: Я нічого не отримував, Я повністю наданий. Людина вся — Бога-Творця (Пс. 99:3) [14, с. 109, 110].

Усвідомлення вини має неабияке значення і у формуванні вектору розвитку соціуму та системи його ціннісних орієнтацій. Пригадаємо духовну ситуацію Німеччини у дні Нюрнберзького процесу над нацистськими злочинцями. Вина німців обговорювалась із обуренням, жахом, ненавистю і презирством. Лише перенявшись свідомістю вини, німці стерпіли навіть неправдиві й несправедливі звинувачення. З'ясування вини німецьким народом було нараз усвідомленням ним нового життя та його можливостей. Трактат німецького філософа К. Ясперса «Питання про винуватість» [15], у якому ніхто не є суддею іншому, а кожний німець водночас звинувачений і суддя, — тому приклад. Вина проявила здатність переборювати видиму ізоляцію людини і тих явищ, до яких вона видимо не причетна. Інакше кажучи, вина стала сполучною основою між німцем (людиною) і світом, способом подолання їх взаємної відчуженості. Винуватість, більше того, — причина соціальності: підкорення всіх усім, готовності кожного, хоч би частково, струсити з себе небездоганне «Я», солідарного взаємоприсотування, діалогу, а фактично і комунікативно-прагматичного самоприниження, що учиняється семантично заради самовиправдання. Одностайна відмова від особи, яка провинилася, від самості призводить у діалектичному підсумку, безглуздому у своїй діалектиці, в запереченні заперечення, зведеного у принцип мислення Г. В. Ф. Гегелем з його виправданням війни і фінальністю історії, до знищення людиною людини у процесі нескінченних битв народів як вершини соціальної організації.

Соціальний простір для людини, яка усвідомила вину і подолала це почуття, є чимось ціннішим, ніж просто ареною, на якій відбуваються події світової історії. Сама свобода людини стає усе більш залежною від того фактору, що світ є не простою сукупністю об'єктів, а їх смисловою визначеністю для людини, як і правова реальність не зводиться лише до норм [16]. На жаль, людина в сучасних умовах не має часу рефлексувати, поринати у роздуми про буття, про Іншого, про свої взаємовідносини з рештою. Вона прагне звільнити себе від будь-яких негативних відчуттів. Моральні страждання і сумніви людини немов би стираються.

Залишаються лише витончені акти самоспостереження. Егоцентризм зживає почуття вини. Як наслідок, у суспільстві виникає особливий стан — свободи від вини, або стан культурної безпам'ятливості. «Ніхто не перед ким не винуватий» — девіз нової етики. А якщо і винуватий, то соціальна ентропія у сфері етики і моральних відносин між людьми настільки зменшила сьогодні сам зміст понятійного комплексу вини, що від нього мало що і залишилося.

Саморефлексія, розмірковування про досвід вини — вихідна засада для культури. Для рефлексії же досвід вини є дійсністю. Це реальність, яку доведеться ще осмислити. У процесі рефлексії, вважає П. Рікьор, відкриваються обриси фундаментальної структури осудності наших дій, в яку вписується цей досвід. Покарання і прощення актуальні лише у тій сфері, де можливо висунути обвинувачення, висловити припущення чи ухвалити рішення про винуватість цієї особи. Звинуватити можна тільки щодо вчинків, поставлених за провини тому чи іншому суб'єкту, який визнає себе їх справжнім автором. Інакше кажучи, осудність і є правосуб'єктністю, завдяки якій дії можуть бути «приписані» особі. Осудність створює додатковий вимір того, що П. Рікьор називає «людиною, яка здатна». Саме у цій сфері осудності, наголошує він, варто шукати вину і винуватість. Тут поєднуються дія і діючий суб'єкт, «що» дій і «хто» спроможності діяти [9, с. 636–637].

Вина потребує витонченого рефлексивного аналізу дії. Саморефлексія тягне за собою почуття вини. А чи не означає це, що невинувата людина не знає саморефлексії?! Що ж тоді вона відає? Що усвідомлює? Голос Іншого у собі, «чужого» у «своєму»? На ці та інші подібні запитання не повсякчас можна знайти переконливі відповіді. Однак спільним для усіх цих відповідей є розуміння того, що невинувате знання не методичне, не контролює себе й нічого не знає про те, як воно вершиться. Воно постає як споглядання, якщо має справу з природою, про що писав Ф. Ніцше, як релігійне або філософське прозріння, будучи зорієнтованим на позамежне. Бездоганні у своїх помислах герої неспроста то ревні читачі, як «Хитромудрий ідальго Дон Кіхот з Ламанчі» Мігеля де Сервантеса Сааведра, то неперевершені копіїсти, як князь Лев Миколайович Мишкін — протагоніст роману Ф. Достоєвського «Ідіот»: вони нічого не творять, їх призначення — відтворювати думки інших. Їх, отже, нема в чому і звинувачувати. Більше того: невинуватість не історична. Вона ні про що нас не сповіщає. У неї немає адекватного їй дискурсу. Беззмістовною є і саморефлексія невинуватого.

Розв'язання проблеми вини як проблеми саморозуміння співвідноситься або з відповідальним узяттям вини на себе, або з винесенням вини назовні, репресивним перенесенням її на іншого. Тобто вина актуалізується у просторі, де людина опиняється перед вибором певної моральної інтенції самовдосконалення: через самопізнання вийти до власного ідеалу чи, відмовившись від саморефлексії, ідеалізувати себе [17, с. 73]. Така двоїстість моральних принципів, звісно, не применшує значення суб'єкта як морально відповідального, але порушує ще одне ключове запитання: чи знімається з особи відповідальність, якщо її моральна свідомість ослаблена, коли жоден із моральних принципів не має зобов'язуючої сили, а якщо вони і використовуються, то лише з міркувань вигоди? Невже, якщо людина намагається уникнути відповідальності через применшення, заперечення, звинувачення іншого, стан безпорадності тощо, — відповідальність зникає, а людина перестає бути моральним суб'єктом? Відповідь на

це запитання варто шукати у рамках антропологічної проблематики, того, як проблема вини вирішується в соціально-психологічному аспекті.

Критерії моральних засад змінюються від культури до культури в історичній перспективі. У класичній культурі одні критерії, у культурі модерну і постмодерну — інші. Отож і поняття вини збагачується все новими культурними смислами. Вина, будучи змінною складовою кожної культурно-історичної епохи, водночас є константою людського існування. Античному сприйняттю вини як похідної долі, що мучає людину і унеможливорює невтручання богів, у Середньовіччі на зміну приходить поняття колективної вини як реакції на стан перворідного гріха, порушення заповідей Бога. Джерела вини в Античності — природні (божественні). У Середньовіччі вони нерозривно пов'язані з релігією. І якщо християнська ідея починається з колективної вини людини загальною, то надалі вона переходить усередину кожного індивіда, приписуючи йому каяття і спокутування. У Новий і Новітній часи вина стає філософським поняттям. Її проблематика, з одного боку, розглядається крізь призму питання обов'язку як дотримання вимог, що містяться у законі, угоді чи висуваються іншим авторитетом. Увага акцентована на повинності. З другого боку — апелюють до свободи як здатності діяти відповідно до уявлень про закон або ж зобов'язань. Бути зобов'язаним і могти не є рівнозначним тому, що особа вчинила. «Ось те, що я повинен був і, значить, міг би зробити, а от те, що я вчинив», — розмірковує з цього приводу П. Рікьор [18, с. 580]. Ставлення за провину діяння, отож, має моральне підґрунтя, адже базується на ставленні до обов'язку і можливості.

Завдана відносинам шкода означає, що під загрозу ставиться можливість співбуття людей, а тому і є суспільно небезпечною. Загоїти цю рану може і повинен той, хто її завдав. Решта — ті, хто знають вини іншого і за професією покликані допомагати людям (суб'єкти застосування норм права) — можуть лише допомогти обтяженому виною вилікувати рану, вказати йому шлях до злагоди. Винуватий же або приймає підтримку, або шукає дорогу у вигляді свого особистого права, зв'язок між дорогою і природою екзистенціальної вини, між фактичним і екзистенціальним її аспектами. Однак, якщо релігійне визнання вини — це діалог з абсолютною сутністю, божеством у глибині свого тайного буття, то правове визнання вини — діалог із представниками суспільства, що виступають у ролі суддів. Що ж стосується висвітлення сутності вини, то воно не є навіть монологом. Присутнє тільки німе потрясіння власного буття. Але й без нього правове визнання вини буде беззмістовним для внутрішнього життя людини, незалежно від того, які важливі зовнішні наслідки воно буде мати, а релігійне визнання взагалі залишиться патетикою.

Церква і держава закріпили стан вини у спеціальних культурних інститутах: православ'я і правосуддя, релігії та юриспруденції. Каяття грішника і засудження злочинця — відомі й перевірені часом культурні форми вини, та й вони не завжди спроможні передати ті культурні відтінки, що пов'язані з поняттям вини. Потрібен ще один культурний інститут — людина, в якій виникнення, розвиток і звільнення від почуття вини зафіксовані нормами, рекомендаціями, технологіями, практиками, різними видами взаємодопомоги тощо [1]; людина, яка обтяжена виною історично і біографічно. Якою мірою? Відповідь на нього (запитання) — не стільки почуття, скільки реальне знання про дійсність, як би це знання не приховувалося чи заперечувалося. Будучи відображенням створеної людиною негативної дійсності в її свідомості у вигляді сприйняття, суджень і дій,

вина є особливим культурним знанням. Вона невіддільна від бажання і здатності людини використовувати її під час своєї подальшої діяльності.

Отже, викладені міркування — достатня підстава, щоб сформулювати висновки, які визначають нашу позицію щодо порушеної проблематики.

Поняття вина у цивілізаційній парадигмі Заходу, на перший погляд, є секуляризованим християнським перворідним гріхом. Разом із розповіддю, як це видно на прикладі антропологічного міфу про Адама у талмудівській оповіді, виникають ідеї первинної події — втрати невинності, та зла, випадкового у своєму первісному виникненні й повік вже наявного в емпіричному світі, яке встановлює дистанцію між суб'єктом і дією. Гріх цей, в іншій інтерпретації, постає як обмеженість релятивної істоти. Вина вплетена в саме існування людини — обираючи тільки одне, відкидаємо все інше; реальність в одному заперечує можливості існування в іншому. Більше того, вина стає невід'ємною від самої людини. Вина перетворюється на винуватість самої екзистенції. Людина винувата існуванням як таким. При цьому складається враження, що не з девіації виникає вина, а, навпаки, порушення норм можливе лише на основі цієї вихідної винуватості. Вина стає звинуваченням без обвинувача, судом без суддів, анонімним вирок, а вирок — прокляттям. Утім це враження зникає разом із постановкою запитання: «Який же досвід свідчить про вихідну винуватість людини, про загальну винуватість існування?». Крім того, якщо ми погодимося з тим, що вибір однієї можливості, поступаючись іншою, є виною, ми вимушені будемо резюмувати, що релятивна істота самим своїм буттям стає злочинною, адже вина неможлива без зла.

Зв'язок із релігійними і метафізичними смислами вина, що відсилають до трансценденції, зберігся і в епоху модерну. Неоднорідність у ціннісному і смислово відношенні культури останньої, в якій співіснують реальність символу і реальність знаку, породжує проблему вина як парадоксального співіснування в одному концепті різних, іноді суперечливих значень. В одному випадку вина пов'язана з усвідомленістю, самототожністю і відповідальністю перед собою та іншими за взяті на себе зобов'язання, в іншому — вина зводиться до звинувачення іншого та його покарання, що має продовження і в епоху Постмодерну, але вже на рівні форми.

Вина, як і інші форми культури, визначувані людиною, — категорія культурної антропології, а не лише етики. Поняття вина підсумовує впливи, що чиняться на поведінку людини, і містить підстави для визначення культурної ідентичності людей. Множинність його смислових аспектів передбачає інтерпретацію різних культурних явищ. Її стан, як зазначав американський соціолог і культуролог П. Сорокін, передає процес культурної динаміки особи [19]. До того ж, якщо раніше мова йшла здебільшого про входження індивіда в соціум, то в умовах сучасного мультикультуралізму головним завданням стає введення людини у світ культури. Підтвердження цього тезису ми знаходимо у Т. Лебедевої в її дисертаційному дослідженні «Вина як форма інкультурації особи». За її словами, вина є одним із культурних станів особи. Вина може «виступати особливою формою інкультурації індивіда, тобто входження його в культуру через усвідомлення своєї відповідальності перед Іншими» [1, с. 59–60; 20, с. 5, 122–123].

Вина виявляє зв'язок людини з рештою світу. Співіснування людини з Богом, взаємодія із соціумом суть усіх поняттєвих одиниць вина. Остання від-

силає нас до смислового напруження буття-з-іншими. Людина опиняється у ситуації вибору між собою та іншими. Дія, з якою людина пов'язує свій суб'єктивний смисл, і реакція соціуму на поведінку, породжує розуміння вини як виду взаємодії зі своїм оточенням. Звісно, вид цей аж ніяк не єдиний і не завжди адекватний у різних культурних контекстах, що потребує окремого дослідження. З іншого боку, вина створює експлікативну модель культури, множинність форм якої зумовлена феноменальністю самої вини. Поняття останньої, у певному розумінні, є гіпотетичною моделлю культури. Воно відтворює не систему причин виникнення такого почуття, а структуру відношення до них тих, хто зазнав шкоди, і тих, хто її завдав. Ціннісно-смислові й нормативно-регулятивні характеристики вини як культурологічної категорії — засновок осмислення її як концепту права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Лебедева Т. Ю.* Вина как процесс обретения индивидом социокультурного опыта / Т. Ю. Лебедева // Вестн. Моск. гос. област. ун-та. Серия «Философские науки». — 2010. — № 3. — С. 55–60.
2. *Бенедикт Р.* Хризантема и меч: модели японской культуры : пер. с англ. / Р. Бенедикт. — 2-е изд. — М. ; СПб. : Центр гуманитар. инициатив, 2013. — 256 с.
3. *Гусейнов А. А.* Этика : учеб. для вузов / А. А. Гусейнов, Р. Г. Апресян. — М. : Гардарики, 2004. — 472 с.
4. *Стефаненко Т. Г.* Этнопсихология / Т. Г. Стефаненко. — М. : Аспект Пресс, 2004. — 368 с.
5. *Кон И. С.* Моральное сознание личности и регулятивные механизмы культуры / И. С. Кон // Социальная психология личности / под ред. М. И. Бобневой, Е. В. Шороховой. — М. : Наука, 1979. — С. 85–113.
6. *Триандис Гарри К.* Культура и социальное поведение : учеб. пособие / Гарри К. Триандис ; пер. В. А. Соснин. — М. : Форум, 2007. — 384 с.
7. *Кон И. С.* Античное наследие / И. С. Кон [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://psylib.ukrweb.net/books/konis01/txt03.htm>.
8. *Кон И. С.* В поисках себя. Личность и её самосознание / И. С. Кон. — М. : Политиздат, 1984. — 336 с.
9. *Рикёр П.* Память, история, забвение : пер. с франц. / П. Рикёр. — М. : Изд-во гуманитар. лит., 2004 (Французская философия XX века). — 728 с.
10. *Афанасенко Я. А.* Вина: между наказанием и прощением / Я. А. Афанасенко // NB : Философские исследования. — 2012. — № 4. — С. 128–178 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : DOI: 10.7256/2306-0174.2012.4.245. URL: http://e-notabene.ru/fr/article_245.html.
11. *Лейбниц Г. В.* Опыт теодицеи о благодати Божией, свободе человека и начале зла : пер. с фр. и лат. / Г. В. Лейбниц ; под ред., со вступ. ст. и примеч. В. В. Соколова. — 2-е изд. — М. : Книж. дом «ЛИБРОКОМ», 2011. — 560 с.
12. *Бахтин М. М.* Собрание сочинений : в 7 т. / М. М. Бахтин. — М. : Русские словари, Языки славянских культур, 2002. — Т. 6 : Проблемы поэтики Достоевского. Работы 1960-х — 1970-х годов. — 800 с.
13. *Baumeister R. F.* Personal narratives about guilt : Role in action control and interpersonal relationships / R. F. Baumeister, A. M. Stillwell, T. F. Heatherton // Basic and Applied Social Psychology. — 1995. — V. 17, № 1–2. — P. 173–198.
14. *Мацейна А.* Бог и свобода / А. Мацейна. — М. : Центр «Путь, Истина и Жизнь», 1999. — 129 с.

15. Ясперс К. Вопрос о виновности : пер. с нем. / К. Ясперс. — М. : Прогресс, 1999. — 146 с.
16. Максимов С. И. Концепция правовой реальности / С. И. Максимов // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. — Харьков : Б-ка междунар. журн. «Пробл. философии права», 2013. — С. 31–61.
17. Психианализ и культура : избранные труды Карен Хорни и Эриха Фромма / К. Хорни, Э. Фромм ; ред. Г. В. Бурменская, Т. В. Панфилова. — М. : Юристь, 1995. — 623 с.
18. Рикёр П. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике / П. Рикёр ; пер. с фр., вступ. ст. и коммент. И. С. Вдовиной. — М. : Академ. Проект, 2008. — 695 с.
19. Сорокин П. А. Человек. Цивилизация. Общество : пер. с англ. / П. А. Сорокин ; общ. ред., сост. и предисл. А. Ю. Согомонов. — М. : Политиздат, 1992. — 543 с.
20. Лебедева Т. Ю. Вина как форма инкультурации личности : дис. ... канд. филос. наук : 24.00.01 / Лебедева Татьяна Юрьевна. — Н. Новгород, 2010. — 136 с.

Савчук С. В. Культура вина

Анотація. У статті йдеться про те, що вина є особливим культурним феноменом. Вина створює експлікативну модель культури, множинність форм якої зумовлена феноменальністю самої вина. Поняття вина, у певному розумінні, є гіпотетичною моделлю культури.

Ключові слова: вина, визнання вина, відповідальність, комунікативні функції вина, культура, культура вина, культура сорому, норма, обов'язок, регулятивна функція вина, рефлексія.

Savchuk S. V. Culture of wine

Аннотация. В статье речь идёт о том, что вина является особенным культурным феноменом. Вина создаёт экспликационную модель культуры, множественность форм которой обусловлена феноменальностью самой вина. Понятие вина, в определённом понимании, — гипотетическая модель культуры.

Ключевые слова: вина, признание вина, ответственность, коммуникативные функции вина, культура, культура вина, культура стыда, норма, обязанность, регулятивная функция вина, рефлексия.

Savchuk S. Culture of Guilt

Summary. The author states, that the guilt is a special cultural phenomenon. Guilt creates an explicative model of culture, whose plurality of forms is caused by the phenomenology of guilt. The notion of guilt, in a certain sense, is the hypothetical model of culture.

Key words: guilt, to recognize the guilt, responsibility, communicative functions of guilt, culture, culture of guilt, culture of shame, norm, duty, regulatory function of guilt, reflection.

ЗНОВУ ЩОДО ПРОБЛЕМИ ПРИХОВАНИХ ІНТЕНЦІЙ КУЛЬТУРИ В ЮРИДИЧНІЙ ТЕРМІНОЛОГІЇ (ПРО НОВИЙ СЮЖЕТ ІЗ НОВОГО КПК УКРАЇНИ)

О. ЛИТВИНОВ
*кандидат філософських наук,
кандидат юридичних наук, доцент,
заступник завідувача
кафедри філософії та історії
(Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка)*



Цей текст є певним розвитком доволі дискусійної ідеї, що її було презентовано в дещо загостреній формі на одній із конференцій, присвяченій проблемам розвитку кримінальної юстиції в Україні¹, а згодом опубліковано у вигляді статті в часописі Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка [1]. Гранично коротко її можна викласти так. Юридична термінологія, як і будь-яка інша, відбиває не лише ті конотації (змістовні смисли чи, більш образно, смислові аберації), що їх закладають законодавці або творці інших юридичних документів, а й такі, що відбивають інтенції (внутрішньо пригаманні та певним чином спрямовані тенденції) тієї культури, у межах якої існує ця термінологія, але вже як вираження особливостей функціонування відповідної правової системи. Це перше. Друге це те, що в культурах, де така термінологія й така правова система є значною мірою, або переважно, або навіть виключно запозиченою, у даній термінології ці інтенції мов би «випинаються», тобто «виказують» справжні смисли діяльності, або окремі аспекти діяльності, що такими термінами визначаються. Інакше кажучи, якщо йдеться про поняття «кримінальної юстиції» чи то «кримінальної міліції» тощо, одним з аспектів діяльності цих інституцій є те, що долає вироблену в культурі (переважно інших народів) ту умовність, яку сьогодні сприймають без «прямого сенсу»² деяких сталих виразів як професійного гатунку кліше. Звісно, вони, такі кліше, як сталі професійні вирази, є в будь-якій сфері діяльності людини (сфері куль-

¹ Доповідь «Кримінальна юстиція як кримінальна спільнота» на Міжнародній науково-практичній конференції «Кримінальна юстиція в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку (Другі Донбаські правові читання)» (ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 14 травня 2010 р.).

² Поняття «сенс» використовується в загальному вжитку, поняття «смысл» — у більш вузькому (філософському, логічному, науковому) значенні.

тури), включаючи, наприклад і науку, в якій аксіоматичність, що відбиває так би мовити професійну домовленість, визнається дотичною такій діяльності цим загалом (а також усіма іншими) заради запобігання можливості руйнування основ у даному випадку тієї чи іншої науки. Це ж стосується й загальноосвітньої сфери та відповідного рівня знання. Наприклад, не існує і не може існувати в принципі прямої лінії, але без цього поняття було б зруйнованим усе, що спирається на геометричні виміри. Ще приклад, тепер із самого правознавства. Широко використовується поняття «природне право» та все, що з нього випливає, насамперед «права людини», але в суворо формальному юридичному сенсі говорити і так, і так не можна, оскільки в першому випадку йдеться про ідеали і принципи морального (часто морально-релігійного) характеру, що на них має орієнтуватися право як закон та юридична сфера в цілому, а у другому — про філософську ідею гуманістичної спрямованості, що поступово набула (точніше, стосовно нашої країни — набуває) реального значення у сфері юридичній. Але уявити життя людства сьогодні без цих понять, що набули (набувають) юридичного статусу і втілення в життя, як і без поняття прямої лінії неможливо, оскільки і у разі першого прикладу, і у разі другого — це життя буде зруйноване, або, як мінімум, суттєво примітивізоване. У першому — у фізичному плані, у другому — у соціальному. Як зазначав стосовно термінології видатний філософ права кінця XIX початку XX ст. П. Новгородцев, для кращого розуміння думки дослідника йому слід дотримуватися, наскільки це є можливим, «назв, що є освяченими традицією» [2, с. 11].

Що стосується *актуальності* розглядуваної проблеми, то її можна визначити як необхідність постановки питання щодо смислової адекватності юридичних термінів соціальній дійсності, включаючи цілеспрямованість правової системи взагалі, оскільки категоріальний апарат юриспруденції, маючи безпосередній вихід у соціум, матеріалізується у надзвичайно складній суміші людських відносин, інтересів тощо і реалізується виключно в однозначних рішеннях. Звідси й вимоги до цієї термінології, особливо коли вона ще й збігається із політичною, що означає вихід у сферу розподілу матеріальних благ, а тому це не суперечить наведеному в попередньому абзаці. Різні аспекти цієї проблеми розглядалися в юридичній логіці, юридичній лінгвістиці, у теорії права і філософії права, її торкалися також представники галузевих юридичних наук, зокрема й кримінального права, про що свідчать праці таких вітчизняних учених, як О. Балинська, С. Головатий, В. Демченко Т. Дудаш, С. Зархіна, О. Копиленко, М. Коржанський, Ю. Прадід, П. Рабінович, Б. Розовський, В. Титов, А. Токарська, З. Тростюк, І. Усенко та ін. Але в суто культурологічному аспекті ці питання, наскільки відомо авторів цих рядків, не розглядалися, що обумовлює *наукову новизну* запропонованої теми статті, *метою* якої є висвітлення на конкретному прикладі досить широкої поширеності зазначеної вади вітчизняної юриспруденції (включаючи й сьогоднішню), що є однією з причин деформацій правової реальності в цілому. При цьому ми спираємося на запропоноване С. Максимовим розуміння правової реальності в її головних «зрізах» — онтологічному, антропологічному та аксіологічному, коли це поняття — «правова реальність» — стає «розгорнутим» образом поняття права, а «структурними елементами правової реальності виступають не ті чи інші правові інститути, а правові феномени (світ смислів)» [3, с. 33]. Інакше кажучи, це реальність дійсних взаємовідносин, що відбивається не тільки в смислах, що їх

закладено або, точніше сказати, намагається закласти законодавець, а в реалізації їх у соціальних процесах повсякденного буття.

Тому особливо прикрим є те, що зі спотворенням правової реальності ми стикаємося і на найвищому, законодавчому її рівні, коли трапляються рудименти підходів ще тоталітарних часів у вигляді якщо не цинізму, то сумнівної термінології (хоча щодо цинізму, то можна навести приклади й такі, зокрема у сфері податковій, а також в оформленні привілеїв можновладців, законодавчо — самі для себе ж — закріплених, що є, за визначенням сучасного литовського філософа та історика права А. Вайшвілі, «агресією проти суспільства» [4], і що є принципово неприпустимим у демократичних державах).

Але про термінологію. Так, у новому (2012 р.) КПК України натрапляємо на вельми екзотичне в безпосередньому сприйнятті з точки зору елементарного здорового глузду формулювання однієї зі статей: «Контроль за вчиненням злочину» [5]. Якщо виходити зі смислових значень, що існують в українській мові (і російській, Кодекс видано також російською), то навіть у найбільш повних, фундаментальних тлумачних словниках ми знайдемо такі значення слова (поняття) «контроль»: «1. Перевірка, облік діяльності кого-, чого-небудь, нагляд над кимось, чимось... 2. Установа чи організація, що здійснює нагляд за ким-, чим-небудь або перевіряє його. 3. *збірн.* Контролери» [6, с. 451]. Інакше кажучи, виходячи зі смислових значень тих слів, що їх використано у формулюванні назви статті КПК України, ми стаємо свідками якщо не відвертої нісенітничі (оскільки серед значень є «нагляд» та «керування», і вони є домінуючими), то вельми сумнівного вживання поняття «контроль». А якщо додати до цього невідповідність змісту цієї статті її назві, то ще й банальної логічної помилки. Тобто певною мірою йдеться про чи то поспіх при створенні цього найважливішого для життя країни документа, чи про таку собі недбалість, але в будь-якому випадку маємо негативний приклад формування юридичної термінології.

Серед основних результатів раніше здійсненого нами дослідження (трохи повторимося) був висновок, що за всіх умов прийняття точки зору можливості особливостей суто спеціально-професійного вживання термінів, культурологічний підхід дозволяє виявити й, як мінімум часткову, відповідність закладених у слові конотацій — вираження смислів, що є наслідком неминучої онтологічної вкоріненості того явища, що його відбиває той чи інший термін (або термінопоняття). Тобто, якщо основними визначальниками поняття «кримінальний» є такі поняття, як «карний» та «злочинний», то за певних умов розуміння «кримінальної юстиції» як «злочинної юстиції» або «кримінальної міліції» як «злочинної міліції» мають достатньо підстав. Такими «певними умовами» в нашому випадку є функціонування означених цими термінами інституцій у культурах вторинних смислів [7], де притаманна їм — культурам — якість імітаційності та перекручення смислів і проявляється чи то парадоксальним чином, чи то в діалектичний спосіб у виявленні суті діяльності саме через «проговорення» у спосіб звернення до засадничого значення слова без «професійно обумовленої» опосередкованості. Така собі «обмовка за Фрейдом» на підсвідомому рівні, тільки не на сексуальному ґрунті, а на ґрунті професійному, що є, у даному випадку, прямо пов'язаним із постійним контактуванням зі злочинним світом. Саме це ми і означили «прихованими інтенціями культури в юридичній термінології», тут лише слід додати про їх внесок у прояснення тих явищ, що спотворюють, у контексті основного змісту цієї праці, смисл поняття «правова реальність».

Як зазначають В. Титов та С. Зархіна в своїй фундаментальній праці, присвяченій історичному розвитку філософсько-логічних концепцій мови права, ця мова «має бути *точною та ясною*, її слова і терміни повинні мати суворо визначений смисл», а також їй «мають бути притаманними *простота і надійність синтаксичних конструкцій*, що виключають двозначність» [8, с. 23; див. також: 9] (курсив авторів, у нашому контексті ми б ще підкреслили «виключають двозначність». — *О. Л.*). Але закінчимо наведену думку відомих вітчизняних дослідників: «Оскільки правова норма за своєю логічною природою є командою, що виражає *вимогу, уповноважування, дозвіл або заборону*, неточність або двозначність в її вираженні призведе до того, що її не будуть адекватно розуміти й виконувати» [8, с. 23–24] (курсив авторів. — *О. Л.*).

Тепер повернемося до ст. 271 нового КПК України, точніше, до формулювання її назви. У науковій праці, присвяченій її тлумаченню, питання про відповідність назви статті Кодексу її змісту взагалі не ставиться, що не є дивним, оскільки навіть її — цієї праці — висновки є простим переліком її ж змісту, викладеним мовою навчально-методичного посібника, а проблемне поле взагалі не окреслено [10] (що є типовим зразком радянського типу юридичної науки, описово-коментаторської). Ознайомлюючись зі змістом цієї статті КПК України, ми бачимо, і про це пише автор даної праці, що йдеться про важливе нововведення — «негласні слідчі (розшукові) дії» (до речі, саме з цього можна здогадатися — не більше — і про новизну постановки питання в ній). Далі зазначається, що, «враховуючи новаторський аспект започаткування інституту негласних слідчих (розшукових) дій, теоретико-прикладні аспекти провадження контролю за вчиненням злочину потребують глибокого наукового аналізу» [10, с. 185], з чим не можна не погодитися, хоча спочатку хотілося б узнати в автора про це вельми дивне (знов із суто логічної точки зору) поєднання «теоретичних» та «прикладних» аспектів у над-новаторське термінологічне втілення (тобто маємо ще один образчик «термінологічного виказування», «обмовки за Фрейдом», у даному випадку це стосується реального рівня наукової підготовки цього автора). Далі йде викладення змісту ст. 271 КПК України, чому передує згадка про те, що статтею 36 здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням та забезпечення нагляду за законністю його провадження належить прокуророві, і що в Кримінально-процесуальному кодексі України (правильно б було УРСР) 1960 р. про це не йшлося. Так у чому ж полягає зміст «керівництва» (одне з основних значень слова «контроль») за вчиненням злочину? Виявляється, у «контрольованій поставці», «контрольованій закупці» тощо, і нам знов просто пояснюють значення таких дій.

Згідно з основними смисловими значеннями — конотаціями поняття контролю, якщо виходити з назви ст. 271 КПК, злочинець має підготувати та здійснити злочин під «чуйним та мудрим» керівництвом працівника правоохоронних органів, і слід, мабуть, розуміти, що прокурор повинен прискіпливо слідкувати, щоб злочин було вчинено в суворій відповідності до певних статей нового КПК (а йдеться, між іншим, про тяжкі та особливо тяжкі злочини), і аж ніяк не інакше. Зрозуміло, що це є абсурд, але стосується він лише формулювання назви цієї статті (а потім і тем наукових досліджень — буквально, дослівно, інакше кажучи, цей абсурд буде мати ще й міцне «наукове» обґрунтування, до

одного з яких ми звернулися на поточних рядках¹). Найбільш припустимим поясненням такого формулювання назви є недбалий переклад відповідних статей з іноземних кодексів, що служили за приклад у створенні нового українського Кодексу, тоді слід звертатися просто до словників (та ще й до елементарних підручників логіки, логіки теж елементарної, тобто формальної).

Звернемось до деяких із них, тобто словників. Є ще близькі значення поняття «контроль», що подаються в словниках синонімів, наприклад, «перевірка», «інспекція», причому, як на наш погляд, досить показово, що у «Словнику синонімів російської мови» саме слово «контроль» не має відповідника [11, с. 199], а є пряме посилання на слово «перевірка», яке й тлумачиться як «1. контроль, ревізія; повірка (усп.) 2. див. випробування» [11, с. 425] (курсив у словнику. — О. Л.). Це в цілому збігається і з тлумаченням поняття «контроль» юристами, насамперед як засіб і гарант забезпечення законності в широкому сенсі [12, с. 75], або як форма здійснення управлінської функції, певним етапом управлінської діяльності виконавчих органів влади [13, с. 21], що, у свою чергу, збігається зі сталими тлумаченнями цього поняття (причому на академічно-науковому рівні) у процесі використання в правничій мові: «Контроль — контроль, перевірка, нагляд» [14, с. 56]. Не буде зайвим, як на нашу думку, згадати й про такий обов'язковий вид навчальної роботи, як «контрольна робота», що, як усім відомо, означає не що інше, як «перевірочна робота» або певний вид контролю за якістю знань тих, хто навчається. Так що, тоді, спираючись на формулювання тієї статті КПК, що ми його обговорюємо, можна вже казати і про «якість вчинення злочину»? Звісно ж, це є також абсурдним, хоча в повсякденно-професійному вжитку ми і зустрічаємо вирази навіть з естетично забарвленими висловлюваннями на кшталт «прекрасно організований злочин» чи то навіть «талановитий злочинець»².

Тому повернемося до висловленої в цьому тексті гіпотези, що спирається на загальноконцептуальну «точку відліку», викладену на його початку, і до наступних словників. Так, у спеціалізованому англо-російському юридичному словнику ми бачимо такі значення слова «*control*»: «контроль; регулювання; режим; стримування; нормування» [15, с. 116–117]³, де ми, за смисловими значеннями, а також за елементарним здоровим глуздом виокремимо значення «стримування», за такого ж підходу це можна тлумачити як «протидію» або щось у цьому смислому полі або значенні.

Далі. В «Англо-українському словнику», крім уже відомих значень «керівництво, управління» («керувати, управляти») та «контроль, перевірка» («конт-

¹ Однією з причин появи цієї статті є затвердження теми докторської (!) дисертації у такому ж формулюванні («Контроль за скоєнням злочину») вченою радою ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, причому ніяких запитань у жодного члена ради не виникло. Іншою причиною стала поява в цьому ж часописі статті, що ми її цитуємо. Взагалі, цей текст призначався для «Вісника ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка» і був поданий до редколегії в січні 2014 р., але з відомих причин його надрукувати не є можливим.

² Залишаємо за межами розгляду етичний аспект діяльності таких відомих злочинців, як Робін Гуд, Устим Кармелюк, Степан Разін та інших народних героїв, хоча список можна було б починати з Гульгамеша, Геракла чи Спартака. Якщо сюди додати народних повстанців усіх часів та народів, включаючи політв'язнів колишнього СРСР, то це і буде справжня тема окремого і справжнього наукового дослідження.

³ Див.: Адрианов С. Н. Англо-русский юридический словарь / С. Н. Адрианов, А. С. Берсон, А. С. Никифоров. — М.: Рус. яз. при участии ТОО «Рея», 1993. — С. 116–117.

ролювати, перевіряти»), є таке значення слова «*control*», як «стримувати» [16, с. 94], що й дозволяє в даному конкретному випадку наполягати на ствердженні щодо тих гіпотетичних положень, що їх було висловлено. Недбалість, незавершеність та така собі неохайність у використанні тих чи інших термінів (терміно-понять) свідчить не тільки про невідповідальність певної особи або навіть такого ж певного колективу авторів, а й про ті онтологічні підмурки процесів, що відбуваються, і що може бути хоча б дотичним до пояснення фактологічності такого, наприклад, явища, як «перевертні в погонах» тощо, невідповідність діяльності таких «перевертнів» та інших державних службовців тій присязі, що вони її склали («служити українському народові» тощо), і це є реальною проблемою нашого сучасного життя. Тобто слід визнати, що «контроль над вчиненням злочину» як керованість злочинністю з боку тих структур, що мають назву правоохоронних органів (і не тільки них), існує, про що в даному випадку свідчить текст нового КПК, оскільки на незграбність та безглуздість такого формулювання ніхто навіть не звертає уваги, настільки до цього (і до такої незграбності, і до такого становища) звикли. Утім це є доволі природним для культур вторинних смислів, де перекручення смислів слів і смислів дій є не тільки природним, а надто часто й просто обов'язковим, тим більше, що і соціально-правова реальність нашої країни, як і більшості інших країн світу, це тільки підтверджує. Тут же мається на увазі елементарна відповідність права (та, звичайно, і закону) принципам справедливості та свободи, що породжує динаміку креативного розвитку, а не жорсткої сили (чи то фізичної, чи то сили влади, чи то їхнього поєднання), що породжує нахабність, з одного боку, та страх — з другого, і про якісь там творчі змагання навіть не йдеться. Якщо змагання почнуться, то вони, відповідно до логіки існування таких суспільств (а також логіки наших міркувань), мають відбуватися вже за межами культури в її гуманітарному значенні, або, інакше кажучи, у примітивний спосіб демонстрації переваги жорсткої сили.

Так, ми можемо стверджувати, оскільки інакше у КПК України статті 271 було б надано заголовок «Стримування вчинення злочину» або «Протидія вчиненню злочину», чи то було б використано термін (слово) — терміно-поняття — зі смислового поля «стримування» чи «протидії» як «боротьби» тощо, утім аж ніяк не «керування вчиненням злочину», як то є сьогодні, якщо ми мислимо українською або російською мовою.

Звідси висновок. Виходячи із загальнометодологічної позиції, що її було викладено, ми можемо констатувати наступне. У назві ст. 271 КПК України певною мірою (значною чи незначною, виявити це є завданням науковців — представників галузевих юридичних наук, зокрема кримінального права, кримінального процесу та ОРД) відбився той реальний стан речей, що саме культурологічний підхід дозволяє його встановлювати завдяки онтологічній вкоріненості дій, що їх сформульовано на гносеологічному рівні, як то ми бачимо на прикладах понять «кримінальна юстиція», «кримінальна міліція» та «контроль за вчиненням злочину». Міра або ступінь «злочинного» в самій соціальній реальності (бо реальність правову і такі визначення, особливо в тому вигляді, що ми зустріли в ст. 271 КПК України, і такі дії, що приховані інтенції виказують через цю недбалу, але надто красномовну термінологію, спотворюють однозначно) — це, як уявляється, і є реально значуще завдання представників галузевих юридичних наук. Скажімо тільки, на завершення, що, крім зазначеного

вище зіткнення рудиментів зашкарублого тоталітарного мислення з мисленням вільним, демократичним (соціальний аспект, включаючи світоглядну складову), слід зазначити й те, що це є зіткненням і тваринного, і людського (суто культурологічний аспект), а також юридичного позитивізму з природно-правовим (моральним, людським, гуманістичним) мисленням, або, якщо гранично коротко — закону і права (суто правознавчий аспект). Фактично ж це є головною трагедією суспільств, що належать до вторинних культур, де прагнення людини до волі й самовираження постійно стикається з намаганнями її поневолення і бажанням залишити в рабстві. Для ХХІ ст. це виглядає як мінімум нонсенсом. І з правової, і з моральної точки зору. Є ще й точка зору політична, яка в концентрованому вигляді (концентруючи і правову, точніше антиправову, і моральну, точніше а-моральну) виглядає майже загрозово, оскільки цей концентрат, замішаний на рудиментах перекручення смислів радянсько-тоталітарного штиту (правоохоронні органи як органи каральні, державні органи як органи анти-народні тощо), має багато продовжень, але основними є такі: перетворення на напівкримінальну або просто кримінальну державу на кшталт держав латиноамериканських або африканських, чи то взагалі зникнення України як держави. Останнє є, як на нашу думку, над-актуальним полем дослідження не тільки соціальної філософії в цілому, а й правознавства.

Конкретними завданнями для філософів права є такі. Перше, це осмислення процесу криміналізації правоохоронних і судових органів, а також владних структур держави, оскільки цей процес, поширюючись та вторгаючись у життя все більшого кола людей як така собі «життєва необхідність», не може не сприяти й загальній криміналізації суспільної свідомості, про небезпеку чого говорити є зайвим (є зайвим говорити й про значення та вагу тут соціологічної складової). Друге — це виявлення ступеня деградаційного впливу, як гальмування поступу країни до розбудови правової та соціальної держави, тих рудиментів минулого, що відбиваються у привілеях осіб, дотичних до влади, які конвертують такий свій соціальний статус у матеріальні статки, що є фактично корупцією, або, інакше кажучи, спираючись на положення А. Вайшвілі, дослідження причин можливості «агресії проти суспільства» та перспектив (однозначно негативних) її впливу на розвиток держави, знов-таки, включаючи й питання безпеки, що стає все більш очевидним.

Такі ось роздумування викликала показова недбалість у формулюванні однієї зі статей Кримінального процесуального кодексу України.

І останнє. Дуже хочеться, щоб автор цього тексту був неправий. Тоді нехай це хтось доведе.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Литвинов О. М.* Кримінальна юстиція як кримінальна спільнота (філософсько-правові аспекти прихованих інтенцій культури в юридичній термінології) / О. М. Литвинов // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. — 2011. — Вип. 2. — С. 291–301.
2. *Новгородцев П. И.* Историческая школа юристов / П. И. Новгородцев. — СПб.: Лань, 1999. — 192 с.
3. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков: Право, 2002. — 328 с.

4. *Вайшвила А.* Правовой персонализм (к поиску современного правопонимания) / А. Вайшвила // *Личность и правовое регулирование: творческие поиски раскрытого сознания (философия права на постсоветском пространстве)* : монография / А. Вайшвила, А. И. Левченко, А. Н. Литвинов, М. А. Тюренков. — Луганск : РИО ЛГУВД, 2006. — С. 8–29.
5. *Кримінальний процесуальний кодекс України.* — К. : Центр учбов. л-ри, 2012.
6. *Великий тлумачний словник сучасної української мови* [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. — К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. — 1440 с.
7. *Литвинов О. М.* Щодо евристичних можливостей поняття «вторинні культури» у правознавстві / О. М. Литвинов // *Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка.* — 2014. — Вип. 1. — С. 14–23.
8. *Титов В. Д.* Историческое развитие философско-логических концепций языка права : монография / В. Д. Титов, С. Э. Зархина. — Харьков : ФИНН, 2009.
9. *Титов В. Д.* О специфике определений в юриспруденции / В. Д. Титов // *Проблеми філософії права.* — 2005. — Т. III. — № 1–2. — С. 45–50.
10. *Комашко В. В.* Контроль за скоєнням злочину: сутність та зміст / В. В. Комашко // *Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка.* — 2013. — Вип. 3. — С. 183–192.
11. *Александрова З. Е.* Словарь синонимов русского языка: около 9 000 синонимических рядов / З. Е. Александрова ; под ред. Л. А. Чешко. — Изд. 4-е, репродуц. — М. : Рус. язык, 1975. — 600 с.
12. *Соломатина Е. А.* Понятие, сущность и основные черты парламентского контроля за деятельностью правоохранительных органов / Е. А. Соломатина // *Юрид. мир.* — 2006. — № 10. — С. 75–79.
13. *Андреева А. Ю.* К вопросу о соотношении понятий «контроль» и «надзор» / А. Ю. Андреева // *Административное право и процесс.* — 2009. — № 2. — С. 21–25.
14. *Російсько-український словник правничої мови (понад 67 000 слів):* Праця Правничо-Термінологічної Комісії при Соціально-Економічному Відділі Академії Наук / голов. ред. акад. А. Ю. Кримський. — К. : З друкарні Укр. акад. наук, 1926. — 228 с.
15. *Адрианов С. Н.* Англо-русский юридический словарь / С. Н. Адрианов, А. С. Берсон, А. С. Никифоров. — М. : Рус. яз. при участии ТОО «Рея», 1993. — 509 с.
16. *Англо-український словник:* близько 20 000 слів / уклад. Н. М. Биховець, І. І. Борисенко, Г. О. Герасименко та ін. ; відп. ред. Ю. О. Жлуктенко. — 3-те вид. — К. : Рад. шк., 1991. — 422 с.

Литвинов О. М. Знову щодо проблеми прихованих інтенцій культури в юридичній термінології (про новий сюжет із нового КПК України)

Анотація. На основі культурологічного підходу розглядаються можливі причини неадекватних формулювань юридичних термінів, що в умовах вторинних культур стає індикатором злочинних аспектів реальних дій правоохоронних органів як рудиментів їхнього функціонування за часів тоталітаризму. На прикладі формулювання назви ст. 271 КПК України, що не відповідає її змісту, зроблено спробу проаналізувати витоки такої недбалості, що є неприпустимим для мови законодавства, терміни якого мають бути однозначними.

Ключові слова: юридична термінологія, приховані інтенції культури, правова реальність, вторинні культури, смисли, природне право, КПК України.

Литвинов А. Н. Снова о проблеме скрытых интенций культуры в юридической терминологии (о новом сюжете из нового УПК Украины)

Аннотация. На основе культурологического подхода рассматриваются возможные причины неадекватных формулировок юридических терминов, что в условиях вторичных культур становится индикатором преступных аспектов реальных действий правоохранительных органов как рудиментов их функционирования во времена тоталитаризма. На примере формулирования названия ст. 271 УПК Украины, которое не соответствует её содержанию, предпринята попытка проанализировать истоки такой небрежности, что является недопустимым для языка законодательства, термины которого должны быть однозначными.

Ключевые слова: юридическая терминология, скрытые интенции культуры, правовая реальность, вторичные культуры, смыслы, естественное право, УПК Украины.

Lytvynov O. Anew About Problem of Invisible Intentions of Culture in Law Terms (a New Subject out of New CPC of Ukraine)

Summary. On the basis of culturological approach the possible reasons of inadequate formulations of law terms are considered. Under secondary cultures conditions this factor is an indicator of criminal aspects of real actions of law enforcement bodies as rudiments of their functioning during totalitarianism. By an example of the name of 271 article of the Ukraine's CPC (Criminal procedural code of Ukraine), which does not correspond to its content, it is made an attempt to analyze the origins of such negligence. Such attitude is inadmissible for language of legislation, which terms must have monosemantic meanings.

Key words: law terms, invisible intentions of culture, legal reality, secondary cultures, senses, natural law, CPC of Ukraine.

ФІЛОСОФСЬКІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ
ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК
І ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ

**ВИНА ЯК АНТРОПОЛОГІЧНА УМОВА
ПРИВАТНОПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

Б. КАРНАУХ
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права № 1
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Принцип відповідальності за вину є предметом гордості сучасного права. Коли хочуть довести, що сучасне право справедливе, що воно гуманне, що воно, зрештою, розвинене, крім іншого, неодмінно згадують, що воно засноване на принципі винної відповідальності. «У примітивних суспільствах, — відзначає А. Тан (André Tunc), — відповідальність виникала з самого лише причинного зв'язку між дією й шкодою, незалежно від того, була дія винною, чи ні. Але історичний розвиток змісту справедливості призвів до розмежування між винними й безвинними вчинками, що завдають шкоди. Дотепер вважається, що вина як критерій відповідальності є свідченням перемоги справедливості після довгих століть розвитку» [1, с. 64]. На думку К.-В. Канаріса (С.-W. Canaris), принцип винної відповідальності є одним із найвагоміших етичних відкриттів за всю історію приватного права [2, с. 253].

Разом із тим, щоб зрозуміти, що є вина у праві, слід замислитися над питанням, а чим саме ми пишаємося, коли говоримо про принцип вини в сучасному праві. Невже тим, що наше право ставить людині за вину вчинки *залежно від того, як вона сама до них ставиться*? Вочевидь, ні, бо це було б алогічно, оскільки суперечило б самій сутності права як усезагального нормативу. Може, ми пишаємося тим, що право вважає винним *будь-яке відхилення від належного стандарту*? Ні, бо інакше, чим тоді сучасне право відрізняється від права примітивних суспільств?

Ми пишаємося тим, що сучасне право ставить людині за вину лише ті порушення, які вона скоїла вільно, маючи вибір і проявивши в ньому власну свободу. Загалом беручи, людина, як писав Г. В. Ф. Гегель, є предметом права лише як

© Б. Карнаух, 2014

вільна істота [3, с. 36]. Тому поняття вини необхідно вкорінено в самій ідеї права.

Право — це деонтична норма, вимога належного, звернена до свободи. Належним може бути лише здійснення. Таким, що має бути, може бути лише те, що може бути. Вимога є абсурдною як у тому разі, коли їй неможливо підкоритися, так і в тому, коли їй неможливо не підкоритися. Абсурдною була би вимога не підкорятися закону тяжіння, але так само абсурдною була б і вимога йому підкорятися. Отож, вимога належного має сенс лише тоді, коли є альтернатива, але не альтернатива випадковості (безглуздо вимагати, щоби лотерейні кульки випадали в «належній» послідовності), а альтернатива волі — простір свободи. Тому свобода і право співвідносяться як умова й зумовлене. Право актуальне лише для свободи, його вимоги звернені до вільної волі. Збагнувши це, неважко зрозуміти, *що саме* в бутті людини (її екзистенції) дозволяє судити її. Це, поза всяким сумнівом, — свобода. Вина є передумовою правової відповідальності тому, що свобода є передумовою права.

Сутність вини — це та сама ідея свободи, тільки «навиворіт». Якщо право актуальне тільки тоді, коли свобода є, то вина означає, що свобода була. Звідси можна вивести й співвідношення між протиправністю і виною: якщо протиправність — це констатація того, що вчинок суперечить інтересам суспільства як факт, то вина — це констатація того, що стосовно цього факту вимога права його не допускати була актуальною.

Отож, установлюючи наявність вини, суд з'ясовує, чи була особа вільною у своєму вчинку, чи був цей вчинок проявом її свободи. Тому вину, на наш погляд, варто визначати як констатацію свободи стосовно діяння, що ззовні кваліфікується як протиправне. З урахуванням того, що дослідження винуватості проводиться вже після того, як діяння було скоєно — у судовому процесі, що за когнітивним змістом є процесом *ретроспективного* пізнання — вина має розумітися як констатація свободи *ex post facto*, або просто — свобода *ex post facto*.

Було б недобрсовісним стверджувати, що зв'язок вини і свободи помічено вперше нами, оскільки вчені побіжно вже звертали на нього увагу. Так, роздуми про детермінізм, індетермінізм, свободу волі й здатність обирати знаходимо в О. Іоффе, який зауважував що «поняття винної поведінки... має містити в собі вказівку на вільний акт» [4, с. 110–113]. Г. Матвеев, розпочинаючи аналіз загальних положень про вину, посилався на слова Ф. Енгельса, що «не можна розмірковувати про мораль і право, не торкаючись питання про так звану свободу волі, про осудність людини, про відношення між необхідністю і свободою» [5, с. 174]. На думку С. Кожевнікова, «правопорушенням визнається тільки винна поведінка суб'єкта права, коли в нього *була можливість обирати...* скоювати чи не скоювати правопорушення» [6, с. 42]. А. Тан, писав, що «деліктне право, яке постулює вину за критерій відповідальності, визнає *свободу людини...* її здатність поводитися соціально або асоціально, її спроможність обирати між добром і злом» [1, с. 65]. Однак ці та інші подібні до них твердження вченими висловлювалися здебільшого лише побіжно, «між іншим».

Та все ж, як зазначав Р. Декарт, «не можна вигадати нічого настільки дивного й неймовірного, що не було би вже висловлено кимось із філософів» [7]. Думку, яку ми прагнемо обстоювати, найбезпосередніше висловив К. Ларенц (Carl Larenz), котрий підкреслював, що «ми говоримо про вину лише в тому разі, коли особу можна визнати персонально відповідальною за дії чи бездіяльність. Ми

засуджуємо особу через те, що вона могла й повинна була вчинити інакше в певній ситуації; через те, що вона діяла неправомірно, хоча могла би діяти належно, коли б виявила необхідну дбайливість, уважність чи добросовісність. Свобода як здатність діяти по-різному, з одного боку, і порушення обов'язку — з другого, є складниками вини» [8, с. 276]¹.

Вина, отже, — антропологічно-екзистенційна підстава відповідальності, наслідок і «темний бік» свободи. Немає вини там, де до цього не було свободи. Однак нам можна дорікнути тим, що визначати вину через свободу — це визначати складне через іще складніше. Запропоноване нами визначення вини буде лише метафізичним припущенням, якщо не з'ясувати, як слід розуміти свободу в праві.

Безумовно, дати визначення свободи непросто. Доказом тому є безліч філософських концепцій свободи: від «свободи як пізної необхідності» до надсадного поклику Ж.-П. Сартра (J.-P. Sartre): «детермінізму немає, людина — це свобода». Як писав Ш. Л. Монтеск'є, «немає слова, яке б отримало стільки різноманітних значень, і справляло б настільки різне враження на розум людей, як слово “свобода” [11, с. 288]. «Світ, — казав А. Лінкольн, — ніколи не мав гарного визначення слова “свобода”. Уживаючи одне і те саме слово, ми маємо на увазі різні речі» [12, с. 13]. Навіть у самій лише сфері права слово «свобода» може набувати різних значень: одна річ, коли мається на увазі свобода особистості як рубікон, що його не може переступати державна влада, і зовсім інша — коли мається на увазі свобода як підстава відповідальності за скоєне.

Щоб дати визначення свободи, — зауважує Б. Леоні (B. Leoni), — необхідно насамперед з'ясувати, з якою метою ми це робимо [13, с. 41]. Наша мета — визначити свободу як антропологічну передумову відповідальності у праві, причому результат цього визначення має бути придатним для правозастосовної практики, тобто таким, щоб наявність або відсутність свободи в кожному випадку можна було би встановити приступними для права засобами.

Заповзівшись метою визначити свободу для потреби покладання юридичної відповідальності, маємо бути свідомими однієї вельми важливої речі. Річ у тім, що право бачить дійсність по-інакшому, по-своєму специфічно. Для того, щоб увібгати складну, неоднозначну й суперечливу дійсність у прокрустове ложе своїх гіпотез, право дещо «обтинає» її, робить кострубатою: право намагається подати дійсність так, щоб, установлюючи наявність фактів, передбачених його гіпотезами, можна було відповідати тільки «так» або «ні». Інакше кажучи, право формалізує дійсність. Насправді ж, *у дійсності*, двійкової категоричності так/ні зазвичай не подибуємо, маючи натомість лише цілковиту відносність більше/менше. Найяскравішим, напевне, прикладом такої формалізації є встановлення віку дієздатності для фізичних осіб. Дорослішання — процес складний, амбівалентний і часто дуже тривалий. Точно визначити зламний момент між іще-не-дорослий і вже-дорослий неможливо. Але з погляду права все змінюється *вмить* — з першої секунди наступного дня за днем повноліття людина вважається такою, що вже спроможна усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. Кажучи метафорично, замість поступового радіального повороту до

¹ Серед вітчизняних дослідників схожі міркування знаходимо в Д. Бобрової (див.: [9, с. 182–191]). «Правопорушник діє вільно в розумінні свободи вибору і в цьому — юридична підстава правової вини й правової відповідальності», — зазначає дослідниця [9, с. 191]. Серед останніх публікацій на зв'язок вини і свободи звертає увагу А. Шульга у статті «Право і свобода волі особистості» [10].

зрілості право бачить прямий кут, де в одній точці все змінюється враз на 90 градусів.

І навіть тоді, коли право намагається якомога точніше наблизитися до справдешньої дійсності, до її плавних ліній і градієнтних тональних переходів, воно, як монітор, усе одно розбиває плавну лінію на багато маленьких прямокутних-таки пікселів, оскільки означена формалізація — це необхідна умова правової визначеності.

Зважаючи на щойно застережене, питання можна поставити так: яким є формалізоване правом поняття свободи?

У такому контексті свободу слід розуміти як здатність до вибору з-поміж кількох варіантів поведінки. Порушник, отже, може вважатися винуватим лише в тому разі, коли він був вільним обирати з кількох (щонайменше двох) альтернативних варіантів поведінки, принаймні один з яких був правомірним. Математичними термінами це можна подати так: агент дії вважається винуватим, якщо правопорушення було скоєно в ситуації W , коли множина альтернатив $A(W)$ агента дії містила не менше двох елементів (a_n) , принаймні один з яких був правомірним (R) , тобто

в ситуації W вина має місце, якщо

$$\left\{ \begin{array}{l} A(W) = \{a_1, a_2, \dots, a_n\}, \text{ де } n \geq 2 \\ \exists a_i \in A(W): R(a) \end{array} \right. \quad (1)$$

Послуговуючись мовою екзистенціальної філософії, можемо сказати, що вина — це страчена можливість правильного вибору. Чим більшою була така можливість, тим більшою є вина. Якщо ж самої можливості не було, то немає й вини. Те, що правопорушник повівся саме так, як повівся — це протиправність; те, що він *міг повестися інакше*, — це вина.

Інакше кажучи, винуватість означає, що особа на момент скоєння порушення знаходилася в ситуації вільного вибору (формула (1)). З огляду на це законірно постають такі запитання: за яких умов може бути констатована ситуація вільного вибору, які її складові?

Ясна річ, ситуація вибору можлива лише в тому разі, коли є кому обирати. Найпершим, отже, складником ситуації вибору є суб'єкт — особа. Утім, із погляду права, не будь-яка особа здатна до свідомого вибору. Себто потрібен не просто *хтось*, а *хтось спроможний свідомо обирати*. Коли говорити по-філософськи, першою умовою ситуації вільного вибору є **автономна воля**, як іманентний суб'єктові «орган обирання». У цивільному праві ця умова постає як вимога дієздатності, у кримінальному — осудності, але і там і там однаково пов'язується зі здатністю усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. Справді, якщо особа на це не здатна, то її вибір не є *свідомим*, не є *вільним*, через що в такому разі й не випадає говорити про «докірність волі дійової особи», що в ній, на слухну думку Б. Антімонова, полягає сутність винуватості. Недієздатні, як видається, не підлягають відповідальності саме тому, що в їхніх діях немає вини. Недієздатні й неосудні не можуть бути винуватими.

Дієздатність юридичних осіб у цивільному праві має, звісно, свою специфіку порівняно з дієздатністю осіб фізичних, проте нікому не спадало на думку заперечувати самого факту наявності дієздатності в юридичних осіб,

хоча *ab definitio* дієдатність і передбачає «усвідомлення». Тож у цілому дієдатність як складник ситуації вільного вибору має універсальний характер: вимога про її наявність стосується однаково і фізичних, і юридичних осіб.

Обирати можна лише тоді, коли є з чого обирати. Тому наступним елементом ситуації вільного вибору є **наявність варіативного ряду**, тобто кількох об'єктивно доступних суб'єктові варіантів поведінки, принаймні один з яких є правомірним. Інакше кажучи, варіативний ряд — це множина альтернатив $\{a_1, a_2, \dots, a_n\}$, що описує обсяг можливостей дійової особи, зумовлений незалежними від останньої, об'єктивними факторами (фізичними законами, рівнем розвитку науки, діями третіх осіб тощо).

Звідси слідує, що порушник не може вважатися винуватим, якщо правомірний варіант поведінки не був йому об'єктивно доступним. Головне практичне запитання, яке в цьому контексті постає: які обставини виключають правомірний варіант поведінки з доступного суб'єктові варіативного ряду?

У справі № 9/32-07 між Міністерством оборони України, як замовником, та Шосткінським казенним заводом «Імпульс», як виконавцем, було укладено договір на виконання робіт із комплексної утилізації звичайних видів боєприпасів, непридатних для подальшого використання і зберігання. За умовами договору виконавець зобов'язався здійснити утилізацію переданих за номенклатурою боєприпасів (мін) методом розснарядження (розбирання) і передати одержаний брухт чорних і кольорових металів замовникові. Сторони також передбачили штраф за неякісне виконання робіт у розмірі 20 % від вартості робіт. На виконання укладеного договору Шосткінський казенний завод «Імпульс» утилізував міни, споряджені тротилом, методом розбирання, але іншу частину мін, які були споряджені гексогеновою та морською сумішами, утилізував методом підриву. У зв'язку з цим військовий прокурор звернувся до господарського суду в інтересах держави в особі Міноборони України з вимогою стягнути з Шосткінського казенного заводу «Імпульс» штраф за неякісне виконання робіт, посилаючись на те, що завод порушив умову договору стосовно технології утилізації, через що в замовника виникли збитки в розмірі вартості неотриманого металобрухту.

Під час розгляду справи відповідач, заперечуючи наявність своєї вини, посилався на те, що *«на даний час у світі не існує технології промислової утилізації боєприпасів, споряджених сумішними вибуховими речовинами»*. Зокрема, *«вибухові речовини, що містять гексоген, мають високу чутливість до механічного впливу, що унеможливує здійснення їх утилізації методом розснарядження з точки зору безпеки праці, захисту життя та здоров'я працівників»*. Суди всіх трьох інстанцій погодилися з доводами відповідача. У задоволенні позовних вимог було відмовлено. Як вирішив Вищий господарський суд, *«завод-виконавець ужив усіх залежних від нього заходів щодо належного виконання свого зобов'язання за договором...»*. *«Виконати роботи з утилізації цих (споряджених сумішними вибуховими речовинами. — Б. К.) боєприпасів методом розбирання не було можливості, оскільки такий метод не відповідає вимогам безпеки»*. Крім того, колегія суддів підкреслила, що *«метою робіт за договором було задоволення потреби в безпечній утилізації боєприпасів, що й було виконано заводом»* (курсив усюди наш. — Б. К.) [14].

Як бачимо, у цій справі були одразу дві підстави, що виключили правомірний варіант поведінки (належне виконання договору — утилізацію «спірних» мін шляхом розбирання) із об'єктивно доступного відповідачеві варіативного ряду. Перша обставина — небезпечність розбирання таких мін для життя і здоров'я працівників, друга — відсутність безпечної технології їх розбирання. Узагальнено першу обставину можна позначити як *міркування безпеки*, другу — як *рівень розвитку науки й техніки*. Отже, до множини альтернатив $A(W)$, необхідної для ситуації вільного вибору, не входять ті варіанти поведінки, за яких створюється загроза життю та здоров'ю самого порушника або його працівників, а також варіанти, практично нездійсненні з огляду на стан розвитку науки й техніки. Практична нездійсненність у договірному праві охоплюється відомою конструкцією «неможливість виконання». Якщо ж боржник міг виконати договір, але тільки ціною створення загрози життю і здоров'ю своїх працівників — у разі невиконання він не буде вважатися винуватим, оскільки ризикувати життям заради майна — нерозумно.

Іншою обставиною, що може виключати правомірний варіант поведінки з множини доступних суб'єктові альтернатив, є *непереборна сила* (ст. 617 ЦК). Якщо, приміром, автомобіль відповідача селевим потоком знесло в бік маєтку потерпілого, внаслідок чого було пошкоджено розташовані там господарські споруди, то, ясна річ, вини відповідача в такому разі немає, оскільки той не мав змоги обрати правомірний варіант «не з'їжджати з траси» — його виключила дія нездоланної зовнішньої обставини¹.

Без чого ще, окрім самого суб'єкта й наявності варіативного ряду, неможливо констатувати існування ситуації вільного вибору?

Уявімо таку гіпотетичну ситуацію. Учасникові експерименту пропонується на його вибір натиснути будь-яку з трьох кнопок. Однак при цьому йому не повідомляють, що натисканням першої він ліквідує свій депозитний рахунок у банку, натиснувши другу — подарує належні йому акції невідомій особі, а натискання третьої кнопки удвічі збільшить позитивний баланс його кредитної картки. Чи є такий вибір вільним? Звісно, що ні, оскільки для вільного вибору необхідно *знати, поміж чим обираєш*. Обирання ж kota в мішку не є ситуацією вільного вибору. Як зазначав щодо цього Ф. Хайек (F. Hayek), «як правило, ті обставини, котрі знаходяться поза межами поля зору індивіда, не мають бути підставою для застосування до нього примусу» (цит. за: [13, с. 90]). Тобто ситуація вільного вибору як необхідної умови вимагає наявності знань про фактичні та юридичні наслідки кожного з елементів варіативного ряду. Тому особа є невинуватою, якщо вона не могла знати: а) до якого наслідку призведе її вчинок або б) що її дії є протиправними. Стосовно знання особою юридичних наслідків скоюваного усе просто — тут спрацьовує вже згадувана юридична формалізація дійсності: презюмується, що всі і кожен знають закони та інші нормативно-правові акти, які визначають права і обов'язки громадян та належним чином опубліковані (див. ст. 57 Конституції України).

Складніше з'ясувати, чи могла особа знати наперед (передбачати) фактичні наслідки обраного нею варіанта поведінки. У зв'язку з цим у цивілістиці говорять про проблему передбачуваності (*foreseeability*) шкоди. Особа має відповідати лише за ті наслідки своїх учинків, які вона могла передбачати. Момент

¹ Докладно про непереборну силу див.: [15, с. 75–98; 16, с. 107–154; 17].

передбачення, як зазначає Л. Баранова, є головним критерієм розмежування вини (у формі необережності) і правового випадку [15, с. 65]. Якщо внаслідок діяння однієї особи іншій було заподіяно шкоду, настання якої не можна було розумно передбачати, така шкода вважається завданою внаслідок випадку¹. Цей принцип та й загалом вимога обізнаності як *sine qua non* вільного вибору впливає з фундаментальної ідеї *визначеності* права.

Поряд з тим у концепції передбачуваності проявляє себе ще й інша вкрай важлива сутнісна якість права. Так, вирішуючи питання про передбачуваність, суд з'ясовує не те, *що* дійсно передбачав конкретний відповідач, а що він повинен був передбачати як добросовісний контрагент і учасник ринку чи просто як розумна й обачлива людина. Тобто застосовується об'єктивний критерій, заснований на уявленні про те, чого слід розумно очікувати від *будь-кого* в аналогічній ситуації. Підкреслимо: не конкретний відповідач, а *будь-хто* за таких же обставин. Така заміна — не випадкове пристосування, а ще одна з еманцій самої сутності права. «Особистий займенник, що відповідає *vis-a-vis* права, — не «ти», а «будь-хто». «Займенник “будь-хто”, — пише П. Рікьор (Paul Ricoeur), — не просто граматична позначка, а філософська структура, за природою правова... Отож, суб'єкт права — будь-хто. Я є будь-хто стосовно всіх. Ми входимо в юридичний простір, коли розглядаємо себе як “будь-кого” з усіх решти “будь-кого”» [18, с. 30].

Утім самого лишень поняття свободи рішуче замало для того, аби визначити, що є вина у приватному праві. Уявімо таку уможливлену ситуацію, у якій, скажімо, для того, аби не завдати шкоди майну ближнього, я маю ризикнути своїм життям (згадаймо справу про утилізацію мін), або витратити суму далеко більшу, аніж передбачувані збитки ближнього. Хоча загалом такі дії й підвладні мені (я вільний ризикнути життям чи витратити неспіврозмірну суму на застережні заходи), але з погляду ближнього очікувати їх нерозумно, а з погляду права — вимагати їх несправедливо. Інакше кажучи, є заходи, які можна віднести до залежних від особи, але очікувати, що вона до них вдасться було би вкрай нерозумно.

З огляду на це поняття вини, сформульоване нами раніше, слід доповнити критерієм розумності. Отож, вина — це свобода, використання якої було розумним очікувати від особи.

Повертаючись до розгорнутого визначення вини, маємо, отже, скоригувати його таким чином. Вина — це констатована *ex post facto* свобода, використання якої було розумним очікувати від особи. Порушник, отже, може вважатися винуватим лише в тому разі, коли він був вільним обирати з кількох (щонайменше двох) альтернативних варіантів поведінки, принаймні один з яких був правомірним, і очікувати якого було розумним. Математичними термінами це можна подати так: агент дії вважається винуватим, якщо правопорушення було скоєно в ситуації W , коли множина альтернатив $A(W)$ агента дії містила не менше двох елементів (a_n), принаймні один з яких був правомірним (R) і очікувати якого було розумним (S), тобто

¹ Докладніше про випадок див.: [15, с. 57–74; 16, с. 67–105].

в ситуації W вина має місце, якщо

$$\begin{cases} A(W) = \{a_1, a_2, \dots, a_n\}, \text{ де } n \geq 2 \\ \exists a_i \in A(W) : R(a) \wedge S(a) \end{cases} \quad (2)$$

Особа, отже, є винуватою, якщо на момент скоєння правопорушення:

а) вона усвідомлювала значення своїх дій та могла керувати ними, тобто була дієздатною;

б) правомірний варіант поведінки був об'єктивно доступним і розумно очікуваним;

в) не було обставин, які б виключали дію презумпції знання закону;

г) будь-яка розумна людина за аналогічних обставин могла б передбачити настання тієї шкоди, яка виникла.

Тож, на підставі вищенаведеного можемо виснувати, що вина — це юридичне поняття, яким констатується, що протиправне діяння було скоєне в ситуації вільного вибору, за якої правомірний варіант поведінки був розумно очікуваним. Складниками такої ситуації є: 1) дієздатність особи; 2) об'єктивна доступність і розумна очікуваність правомірного варіанта поведінки; 3) *знання* особою правової кваліфікації скоєного — яке презюмується, і *передбачення* нею наслідків скоєного — що встановлюється за об'єктивним критерієм.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Tunc A.* The Proper Place of Fault in a Modern Law of Tort / A. Tunc // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. 11: Torts. — Brill : Martinus Nijhoff Publishers, 1983 — P. 63–86.
2. *Canaris C.-W.* Die Einstandspflicht des & Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB / Claus-Wilhelm Canaris // Norm und Wirkung / E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell T. Koller (eds.). — Bern und München: Stämpfli und C.H. Beck, 2005. — S. 179–254.
3. *Гегель Г. В. Ф.* Философская пропедевтика : пер. с нем. / Г. В. Ф. Гегель // Работы разных лет : в 2 т. ; [сост., общ. ред. А. В. Гульги]. — М. : Мысль, 1971. — Т. 2. — С. 7–209.
4. *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву / Олимпиад Соломонович Иоффе. — Л. : Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1955. — 310 с.
5. *Матвеев Г. К.* Основания гражданско-правовой ответственности / Геннадий Константинович Матвеев. — М. : Юрид. лит., 1970. — 312 с.
6. *Кожевников С. Н.* Правовое поведение и правонарушения: сущность и содержание : учеб.-метод. пособие / С. Н. Кожевников. — Н. Новгород, 2001. — 72 с.
7. *Декарт Р.* Рассуждение о методе, чтобы верно направлять свой разум и отыскивать истину в науках / Рене Декарт // Психологическая библиотека Киевского Фонда содействия развитию психической культуры [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://psylib.ukrweb.net/books/dekar01/index.htm>
8. *Larenz K.* Lehrbuch des Schuldrechts / Karl Larenz. — Erster Band: Allgemeiner Teil. — München : C. H. Beck, 1987. — 605 s.
9. *Боброва Д. В.* Проблемы деликтной ответственности в советском гражданском праве : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Д. В. Боброва. — Киев, 1988. — 453 с.
10. *Шульга А. М.* Право і свобода волі особистості / А. М. Шульга // Вісник ХНУ ім. В. Н. Каразіна. Серія «Право». — 2011. — Вип. № 10. — С. 29–33.

11. *Монтескье Ш. Л.* О духе законов : пер. с фр. / Ш. Л. Монтескье // Избранные произведения ; [ред. И. Щербина]. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1955. — С. 159–733.
12. *Cranston M.* Freedom / Maurice Cranston. — London : Longmans, Green & Co., 1953. — 177 p.
13. *Леони Б.* Свобода и закон / Бруно Леони ; [пер. с англ. В. Кошкина] ; под ред. А. Куряева. — М. : ИРИСЭН, 2008. — 308 с.
14. *Постанова* ВГС України від 30.08.2007 р. у справі № 9/32-07 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/982396>
15. *Баранова Л. Н.* Обстоятельства, освобождающие от ответственности в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Людмила Николаевна Баранова. — Харьков, 1998. — 161 с.
16. *Пирвиц Э. Э.* Значение вины, случая и непреодолимой силы в гражданском правѣ / Э. Э. Пирвиц. — СПб. : Типографія Правительствующаго Сената, 1895. — 154 с.
17. *Примак В.* Ознаки непереборної сили у відносинах цивільно-правової відповідальності / Володимир Примак // Юрид. Україна. — 2008. — № 6. — С. 60–67.
18. *Рикер П.* Торжество языка над насилем. Герменевтический подход к философии права / Поль Рикер // Вопросы философии. — 1996. — № 4. — С. 27–36.

Карнаух Б. П. Вина як антропологічна умова приватноправової відповідальності

Анотація. Представлено філософську рефлексію поняття вини у приватному праві. Наголошується, що при з'ясуванні сутності вини слід виходити з того, що ідея винної відповідальності необхідно вкорінена в самій сутності права, норми якого актуальні лише для вільної особистості. Свобода і право співвідносяться як умова й зумовлене. Тому право ставить людині за вину тільки ті порушення, які вона скоїла вільно, маючи вибір і проявивши в ньому власну свободу. Тож, вина є умовою правової відповідальності тому, що свобода є умовою права. Установлюючи наявність вини, суд з'ясовує, чи була особа вільною у своєму вчинку, чи був цей вчинок проявом її свободи.

На підставі зазначеного формулюється визначення, за яким вина — це юридичне поняття, змістом которого є констатація того, що протиправне діяння було скоєно в ситуації вільного вибору, за якої правомірний варіант поведінки був об'єктивно доступним і розумно очікуваним.

Ключові слова: антропологія права, правопорушення, відповідальність, вина, свобода, ситуація вільного вибору.

Карнаух Б. П. Вина как антропологическое условие частноправовой ответственности

Аннотация. Представлена философская рефлексия понятия вины в частном праве. Обосновывается, что при выяснении сущности вины следует исходить из того, что идея виновной ответственности является необходимым следствием самой сущности права, нормы которого актуальны только для свободной личности. Свобода и право соотносятся как условие и обусловленное. Поэтому право вменяет человеку в вину лишь те нарушения, которые он совершил свободно, имея выбор и проявив в этом выборе свою автономию. Следовательно, вина является условием правовой ответственности именно потому, что свобода является условием права. Устанавливая наличие вины, суд выясняет, было ли лицо свободным в своем поступке, был ли этот поступок проявлением свободы лица.

На основании указанного формулируется определение, согласно которому вина — это юридическое понятие, содержанием которого является констатация

того, что противоправное деяние было совершено в ситуации свободного выбора, при которой правомерный вариант поведения был объективно доступным и разумно ожидаемым.

Ключевые слова: антропология права, правонарушение, ответственность, вина, свобода, ситуация свободного выбора.

Karnaikh B. Fault as Anthropological Precondition for Liability in Private Law

Summary. The article presents a philosophic reflection on the concept of fault in private law. It is emphasized that while seeking for the substance of fault, one should bear in mind that the idea of fault liability is an indispensable implication of the very substance of law. Thus provisions of law are actual only for a free person. Freedom and the law are like a condition and the conditioned effect. That is why the law imputes a fault on a person only for those offences that were freely committed i.e. given that a person had a choice and exercised her autonomy of will. Hence fault constitutes a precondition of legal liability because freedom constitutes a precondition of law. While ruling on the matter of fault court indeed ascertains if an offender was free in his commitment or not and if that commitment was an exhibition of personal autonomy.

On that ground the author proposes to define fault as a juridical concept, the content of which consists in stating that the wrongful act was committed in situation of free choice, wherein the rightful variant of behavior was available and reasonably expected.

Key words: legal anthropology, offence, liability, fault, freedom, situation of free choice.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ІДЕЇ ГАНСА КЕЛЬЗЕНА ТА СУЧАСНІ ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ПРОЦЕСИ В УКРАЇНІ

Д. КОВАЛЬ
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри міжнародного права
і міжнародних відносин
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*



Наївно припускати, що сучасні міжнародно-правові проблеми унікальні і не мають аналогів в історії. Звернення до історичного досвіду може стати гарною підмогою в пошуку релевантного рішення для викликів сьогодення. У цій статті ми хотіли б розглянути деякі міжнародно-правові ідеї Ганса Кельзена з точки зору їх застосовності для пояснення сучасних політико-правових процесів в Україні.

До теорії та філософії права Г. Кельзена звертався, напевно, кожен дослідник міжнародного права. Підручники та теоретичні дослідження з міжнародного права на пострадянському просторі в обов'язковому порядку містять посилання на австрійського юриста. Те саме стосується й іноземних наукових праць. Вчення Г. Кельзена там — невід'ємний компонент пояснення теоретичних основ міжнародного права.

Г. Кельзен — видатний юрист і філософ, чиї роботи піддаються справедливій критиці через спроби представити війну як санкцію в міжнародному праві, пошук основної норми, бажання очистити юридичні дослідження від використання досягнень суміжних наук і т. д. Будучи адептом нормативистської версії позитивізму, Г. Кельзен ратував за сприйняття національних правових систем та міжнародного права як єдиного цілого, представляючи цю єдність у вигляді ієрархічної системи, яка сходить до так званої *Grundnorm* (нім. — основна норма) [1]. Поняття *Grundnorm* — напевно найбільш спірне у вченні Г. Кельзена. М. Шоу справедливо зазначає, що пошук і визначення подібної норми суперечать ідеї про прогресивний розвиток міжнародного права [2, р. 191]. Уразливість позицій Г. Кельзена детермінувала відхід від його концепції «основної норми» в роботах його послідовників і інших представників австрійської школи міжнародного права (найяскравіший приклад — А. Фердросс [3]). Проте ланцюжок умовиводів, які Г. Кельзен використовував для обґрунтування своєї ідеї, досить цікавий і гідний окремого дослідження.

Г. Кельзен вважав, що основною в міжнародному праві може вважатися норма, що закріплює зобов'язання держав поводити себе так, як вони зазвичай поведуться. Транслюючи це зобов'язання у більш звичну міжнародно-правову термінологію, можна сказати, що основною нормою Г. Кельзенем обирався широко відомий принцип *pacta sunt servanda*. Австрійський юрист був послідовним прихильником моністичного підходу до співвідношення національного і міжнародного права. Відстоюючи ідею про чисте право, Г. Кельзен зазначав, що рішення про конкретні версії монізму (примат міжнародного права або примат національного права) для представників юридичної науки не важливе. Це рішення він залишав цілком у сфері політики. В інтерпретації Г. Кельзена примат міжнародного права означає те, що національне право повинно узгоджуватися з обов'язковим для конкретної держави міжнародним правом. Примат національного права, у свою чергу, був інтерпретований з точки зору двох підходів до розуміння національної правової системи. Так, у рамках вузького підходу національна правова система ототожнюється із системою прийнятих компетентними органами держави правових актів. У широкому сенсі, національна правова система складається з двох компонентів. Перший — це правова система у вузькому сенсі. Другий — визнане обов'язковим для конкретної держави міжнародне право. Перший компонент має узгоджуватися з другим і відповідати йому. На думку Г. Кельзена, така інтерпретація версій монізму пояснює індиферентність визначення примату правової системи для юриста [1].

Наскрізна ідея викладеного вище бачення Г. Кельзенем співвідношення систем права полягає в тому, що національне право завжди узгоджується з міжнародним. Інакше кажучи, національне право в регулюванні процесів і станів обмежене тільки нормами міжнародного права, які є обов'язковими для конкретної держави. Таке бачення пояснює і досить цікавий підхід Г. Кельзена до позначення структури міжнародного права: норми, які можуть існувати тільки в міжнародному праві і ті, які існують паралельно й у праві державному [1].

Необхідно додатково відзначити, що Г. Кельзен далекий від думки, що держава може не визнавати дії міжнародного права для себе. Він застерігає від ставлення до звичаїв як до мовчазних договорів. Звичайне право, незалежно від того, брала участь держава в його створення чи ні, накладає на неї певні зобов'язання. Подібне твердження знаходиться в повній відповідності з іншими частинами кельзенівської теорії права — воно гармонійно вписується у пошук *Grundnorm*.

Суперечності, що виникають між міжнародним і національним правом, є природними і не суперечать логіці розвитку єдиної правової системи. Для Кельзена вони — аналог проблем з неконституційними законами. Цікавим є підхід австрійського філософа до розв'язання хронологічної дилеми. Більшість вчених сходяться в думці, що державне (напевно, більш точною назвою буде внутрішнє) право виникло раніше за міжнародне. У такому випадку не зовсім зрозуміло, яким чином право національне має підкорятися міжнародному. Г. Кельзен коментуючи це, наводить приклад федеративної держави. Право суб'єктів федерації часто виникає раніше за загальнофедеральне, але узгоджується з ним [1].

Г. Кельзен резюмує, що міжнародне право регулює територіальну, темпоральну та матеріальну дію національного права, яке лімітовано виключно пра-

вом міжнародним. У цьому зв'язку міжнародне право іноді називають зовнішнім правом держави.

Невідворотним питанням, яке виникає при «підпорядкуванні» національного права міжнародному, є питання про державний суверенітет та його обмеження. Розуміючи це, Г. Кельзен у своїх численних працях адресує питання суверенітету, критикуючи традиційні шляхи його визначення. Так, австрійський нормативіст стверджує, що думка про позбавлення держави суверенітету у зв'язку з визнанням примату міжнародного права є абсурдною. Спроби обґрунтувати право держави робити все, що вона захоче, — це шлях до імперіалізму, але не до суверенітету [1].

Суверенітет за Г. Кельзеном — це підпорядкування держави тільки міжнародному праву [1]. Трактуючи суверенітет у контексті можливості вибору обов'язкового для держави міжнародного права — неадекватне такою самою мірою, як могла б бути думка про можливість індивіда вибирати зручне і обов'язкове для нього державне право. Для держави суверенітет також означає, що створення конституції — це акт правотворчості, який не пов'язаний із позитивним міжнародно-правовим приписом.

Дослідження Г. Кельзена вибудовуються в логічну конструкцію, в якій кожен елемент знаходиться на своєму місці в повній згоді з іншими. Ця конструкція базується на кількох наріжних каменях, які широко відомі й цитовані. Разом з тим Г. Кельзеном водночас порушено безліч більш дрібних питань, які доповнюють його систему і виступають цеглинками, що надають загального закінченого вигляду споруді. Однією з таких цеглинок, яку Г. Кельзен використовував при дослідженні співвідношення державного і міжнародного права, суверенітету, є його звернення до проблеми *coup d'état* (фр. — у найбільш широкому сенсі — зміні уряду всупереч конституції). Далі хотілося б детальніше зупинитися на кельзенівському уявленні про те, що з позиції міжнародного права означає *coup d'état* і як воно трактується в сучасному міжнародному праві.

Торкнутися питання *coup d'état* і революцій Г. Кельзена спонукало бажання додатково обґрунтувати своє бачення суверенітету і лімітування державного права міжнародним. Так, *coup d'état* і революції австрійський міжнародник визнає правовстановлюючими фактами. Легітимність усталеного уряду визначається міжнародним правом. Саме на міжнародно-правовому рівні зароджується імпульс до повної легітимізації нового уряду. Г. Кельзен визначає лише одну умову для того, щоб відповідно до міжнародного права *coup d'état* міг бути визнаний — новий уряд (який прийшов антиконституційним шляхом до влади і, можливо, змінив діючу раніше конституцію на нову) повинен мати можливість підтримувати і ефективно виконувати норми конституції [1].

Як відомо, Г. Кельзен — творець чистої теорії права. Під таким формулюванням він розумів необхідність сепарації правових явищ від політичних, моральних, релігійних тощо. У питанні визнання держав Г. Кельзен послідовно підтверджує свою прихильність чистій теорії права, визнаючи, що вибір теорії визнання — політичне, а не юридичне рішення держави. Тим не менше, у питанні *coup d'état* Г. Кельзен звертається до міжнародного права як до механізму, який дозволяє обґрунтувати легітимність нового уряду [1]. Може здатися, що в цьому питанні здійснюється відхід від чистої теорії права. Але насправді Г. Кельзен просто глибше оцінює *coup d'état*. Для нього він не тільки подія, яка ставить питання про визнання, а й те, що впливає на правонаступність держав,

на співвідношення державного і міжнародного права — тобто подія з юридичним змістом, а не з політичним. У доктрині міжнародного права існують і відмінні від Г. Кельзена трактування *coup d'etat*. Розглянемо деякі з них.

Жеан д'Аспермонт стверджує, що поняттям, яке в сучасному світі стало мірилом для розв'язання міжнародно-правової дилеми про *coup d'etat*, є категорія демократія. Вчений, наводячи безліч прикладів дослідження *coup d'etat*, доходить висновку, що демократія возводиться в основу кута при визначенні легітимності нового уряду не тільки в американських дослідженнях міжнародного права, а й у більшості матеріалів за темою європейських, африканських і азійських авторів [4, р. 45]. Безліч міжнародних договорів, статутів міжнародних організацій містять посилення на демократію, необхідність її підтримки і неприпустимість свавільного обмеження. Таким чином, ідея Г. Кельзена про можливість виконувати нову конституцію при оцінці відповідності *coup d'etat* міжнародному праву доповнюється новим компонентом — виміром демократичності нового режиму.

Очевидно, в силу оцінного характеру категорії «демократичність нового режиму» складно визначити суб'єкт (суб'єкти), який міг би проголошувати конкретний режим демократичним, а також критерії того, що під таким режимом повинно розумітися. Озан О. Варол — відомий дослідник демократичних *coup d'etat*, пропонує використовувати сім критеріїв для того, щоб визначити, чи був *coup d'etat* демократичним: *coup* організований проти авторитарного або тоталітарного режимів; він є відповіддю на популярну опозицію проти режиму; авторитарний або тоталітарний режими відмовляються від компромісу з представниками опозиційного руху; *coup* організований шанованими в народі людьми; метою *coup* є зміна режиму; планується проведення чесних виборів після *coup*; *coup* закінчується після трансферу влади новообраному уряду [5, р. 297]. Усі критерії визначені турецьким вченим на основі їх згадування в міжнародних правових документах, а також у роботах найбільш визнаних представників науки міжнародного права.

Важливим є також питання про факти, що підтверджують міжнародно-правове визнання легітимності нового уряду (це і є міжнародно-правове підтвердження можливості держави виконувати конституцію). Такими свідченнями, виходячи з вчення Кельзена, може бути акт шанованої універсальної міжнародної організації. Такою, без сумніву, є ООН, а також спеціалізовані організації системи ООН.

Слідом за теоретичним оглядом, хотілося б адресувати другу частину назви статті, тобто накласти наведені аргументи про *coup d'etat* на політико-правову ситуацію, яка склалася в Україні в першій половині 2014 р.

Згадуючи в одному реченні *coup d'etat* і «Україна», ми не маємо на меті висловлення власного ставлення до демократичних перетворень, що відбувалися в Україні. Це лише спроба співвідношення теоретичної моделі з одним із аргументів, який активно і спекулятивно використовується проти України, — аргументом про те, що в державі відбувся неконституційний (часто навіть збройний) переворот. Навіть якщо не сприймати доводи про конституційність зміни уряду або принаймні його легітимності, ствердження про переворот має оцінюватися крізь призму міжнародного права. Міжнародно-правова реальність така, що здійснений переворот не може автоматично розцінюватися як такий, що суперечить міжнародному праву. Кельзенівська модель визначення

легітимності нового уряду після *coup d'etat* передбачає міжнародно-правове визнання змін, що відбулися. Таке визнання можна простежити в Резолюції ГА ООН А/RES/68/262 від 27 березня 2014 р., відновленні кредитування України Міжнародним валютним фондом, позиції ІКАО щодо володіння повітряним простором на всій території України і т. д. Розширена, двокомпонентна, модель легітимізації уряду після *coup d'etat* також свідчить на користь України. Якщо проаналізувати сім критеріїв, запропонованих О. О. Варолом, то складно не погодитися, що зміна уряду в Україні цілком відповідає кожному з них. Заперечувати це твердження в суто юридичному сенсі дуже складно.

Цією статтею ми хотіли проілюструвати те, що навіть вживання щодо України такого терміна, як «неконституційний переворот», не позбавляє встановлений уряд легітимності в міжнародно-правовому сенсі. Незважаючи на те, що легітимність нового уряду України, як правило, захищається на основі природно-правових підходів, позитивістський (зокрема, нормативістський) підхід не меншою мірою зручний для відстоювання згаданої вище позиції. Вчення Г. Кельзена — критиковане і не сприймається однозначно. Тим не менше, воно містить у собі велику кількість конструктивних і критичних думок, які допомагають різнобічно сприймати і оцінювати міжнародне право. Як бачимо, деякі ідеї Г. Кельзена є особливо актуальними сьогодні, під час політико-правового переформатування України. Вони повинні активно використовуватися в роботі Міністерства закордонних справ, інших державних та недержавних організацій для недопущення політичних спекуляцій із базовими юридичними категоріями.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Kelsen H. General Theory of Law and State* / H. Kelsen. — Harvard : Harvard University Press. — 2009. — 516 p.
2. *Shaw M. International Law. Fifth Edition* / M. Shaw. — Cambridge : Cambridge University Press. — 2004. — 1720 p.
3. *Фердросс А. Международное право* / А. Фердросс ; пер. с нем. под ред. Г. И. Тункина. — М., 1959. — 652 с.
4. *D'Aspermont J. Responsibility for Coups d'Etat in International Law* / D'Aspermont Jean // *Tulane Journal of International and Comparative Law*. — 2010. — № 18. — P. 451–477.
5. *Varol O. O. The Democratic Coup d'Etat* / O. O. Varol // *Harvard International Law Journal*. — 2012. — № 53. — P. 292–356.

Коваль Д. О. Міжнародно-правові ідеї Ганса Кельзена та сучасні політико-правові процеси в Україні

Анотація. У статті проаналізовано ідеї австрійського позитивіста Ганса Кельзена щодо співвідношення міжнародного та національного права і суверенітету. В тісному логічному зв'язку представлено погляди Г. Кельзена щодо вказаних питань, його бачення проблеми *coup d'etat* та революцій. Констатовано, що *coup d'etat* не може розглядатися як автоматично нелегітимний спосіб встановлення уряду з точки зору міжнародного права. Вказано, що бачення Г. Кельзена щодо *coup d'etat* було згодом доповнене ідеєю про демократичність нового встановленого уряду. Виділено характеристики демократичного уряду.

Ключові слова: Ганс Кельзен, *coup d'etat*, суверенітет, примат міжнародного права, нормативізм, революція в Україні.

Коваль Д. А. Международно-правовые идеи Ганса Кельзена и современные политико-правовые процессы в Украине

Аннотация. В статье проанализированы идеи австрийского позитивиста Ганса Кельзена о соотношении международного и национального права и суверенитета. В тесной логической связи представлены взгляды Г. Кельзена по этим вопросам и его видение проблемы *coup d'etat* и революций. Констатировано, что *coup d'etat* не может рассматриваться как автоматически нелегитимный способ установления правительства с точки зрения международного права. Указано, что видение Г. Кельзена по *coup d'etat* было впоследствии дополнено идеей о демократичности нового установленного правительства. Выделены характеристики демократического правительства.

Ключевые слова: Ганс Кельзен, *coup d'etat*, суверенитет, примат международного права, нормативизм, революция в Украине.

Koval D. Hans Kelsens' Perspectives on International Law and Contemporary Political and Legal Situation in Ukraine

Summary. The paper analyzes the ideas of the Austrian lawyer Hans Kelsen on the relationship between international and national law and sovereignty. Kelsens' views are presented in close logical connection with his vision on *coup d'etat* and revolutions. It is stated that the *coup d'etat* cannot automatically be regarded as an illegitimate way to establish the government in terms of international law. It is indicated in the paper that Kelsens' vision on *coup d'etat* was later expanded with the idea of the democracy of new installed government. The features of a democratic government are distinguished.

Key words: Hans Kelsen, *coup d'etat*, sovereignty, primacy of international law, normativism, revolution in Ukraine.

ДО 90-РІЧЧЯ ВІД ДНЯ НАРОДЖЕННЯ ДОРОГОГО ВЧИТЕЛЯ — МАРКА ВЕНІАМІНОВИЧА ЦВІКА

21 червня 2014 р. виповнилося 90 років від дня народження Марка Веніаміновича Цвіка (1924–2011) — видатного правознавця і неперевершеного педагога.

М. В. Цвік народився 21 червня 1924 року в м. Гадячі Полтавської області. Брав участь у Великій Вітчизняній війні (1942–1943), був демобілізований у зв'язку з інвалідністю. Після закінчення Харківського юридичного інституту в 1948 р. та аспірантури в 1951 р. працював на посадах асистента, доцента, професора, завідувача кафедри теорії держави і права.

У 1953 р. М. В. Цвік захистив кандидатську дисертацію на тему «Радянський закон», у 1986 р. — докторську дисертацію на тему «Теорія соціалістичної демократії». Досліджував теорії поділу влад, демократії, верховенства права, останні роки активно займався проблемами праворозуміння. Автор понад 180 друкованих праць. Серед них: «Конституційні основи радянської демократії» (1972, у співавт.); «Теорія соціалістичної демократії» (1986); «Правова система України: стан та перспективи» (2008, у співавт.). Наприкінці ХХ — на початку ХХІ ст. підготував низку програмних статей, в яких виклав нові, незвичні, навіть реформаторські для вітчизняної юридичної науки того часу ідеї та концепції, що хвилювали його особисто як науковця і громадянина: «Верховенство права в контексті прав людини» (2000), «Праворозуміння (значення повторюваності суспільних відносин для його дослідження)» (2000), «Про судову практику» (2000), «Про сучасне праворозуміння» (2001), «Основні напрями наукових досліджень у галузі теорії держави і права» (2003). Був співавтором підручників «Конституційне право України» (1995), «Загальна теорія держави і права» (2002), «Конституційне право зарубіжних країн» (2003), «Загальна теорія держави і права» (2009), причому підручники із загальної теорії держави і права вийшли за його редакцією (до речі, дуже прискіпливою). У 2010 р. у видавництві «Право» вийшла збірка «Проблеми теорії права і конституціоналізму у працях М. В. Цвіка», упорядниками якої стали його учні.

М. В. Цвік був членом робочої групи з підготовки проекту Конституції України, експертом Конституційної комісії. З 1993 р. Марко Веніамінович був дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (згодом — Національної академії правових наук України), з 1999 р. — членом Президії цієї



академії, академіком-секретарем відділення теорії та історії держави і права, головою редакційно-видавничого відділу; у 1993–2002 рр. обіймав посаду першого заступника головного редактора часопису «Вісник Академії правових наук України».

М. В Цвіка було нагороджено орденом «За заслуги» III ступеня (2003), почесним знаком «Відмінник освіти України» (2001) та сімома медалями; у 1995 р. Марку Веніаміновичу було присуджено звання «Заслужений діяч науки і техніки». Він був переможцем безлічі офіційних правничих конкурсів, лауреатом премії імені Ярослава Мудрого в номінації «За видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства» (2003), Заслуженим професором Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (2009 р.) – вищого навчального закладу, якому віддав усе своє життя, підготував у його стінах понад 20 кандидатів і докторів юридичних наук.

І найголовніше – те, що неможливо визначити переліком звань і нагород: Марко Веніамінович був кришталево чесною, порядною, сумлінною, толерантною і водночас неймовірно енергійною та допитливою людиною, яку дуже любили його численні учні й який любив своїх учнів і свою справу усім своїм великим добрим серцем. А ще він любив декламувати вірші Маяковського (до останніх тижнів життя – напам'ять без жодних помилок), любив зі своїми учнями пити на кухні чай із тістечками (і не тільки чай – також до своїх останніх тижнів), обожнював жінок (а вони його ще більше) і дуже любив життя. Воно у нього було довгим, насиченим, складним, але, як на мене, дуже-дуже вдалим.

В. СМОРОДИНСЬКИЙ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

ПРАВО ЯК СИСТЕМА ПОВТОРЮВАНИХ ЮРИДИЧНО ОФОРМЛЕНИХ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН¹



М. ЦВІК
*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України*

Історичний досвід свідчить, що фундаментом правової системи є відносини і правила, які склалися на основі багаторазового повторення різних видів суспільних відносин. Феномен повторюваності є предтечею виникнення права, фундаментом його формування, дії та реалізації. Саме тому він має бути основою наукового праворозуміння, стати вихідним пунктом при з'ясуванні причин як виникнення, так і розвитку права.

Повторюваність складається природно й є віддзеркаленням суспільної практики, умовою набрання закономірностями суспільного розвитку сталого характеру. В її основі лежить повторюваність дій учасників суспільних відносин — поведінки і вчинків людей, їх груп, об'єднань та організацій. Виникаючи стихійно або усвідомлено, повторюваність відображає суспільні інтереси, соціальний досвід у сфері економічних, політичних, сімейних та інших міжособистісних відносин. Так, у сфері економіки на певному історичному етапі виникає необхідність «охопити загальним правилом щодня повторювані акти виробництва, розподілу та обміну продуктів» (Ф. Енгельс). Аналогічні відносини виникають і в інших сферах суспільного життя — політичній, сімейній, процесуальній тощо. Вони отримують своє юридичне вираження у вигляді правовідносин, на основі яких згодом формуються і повторюються судова практика, правосвідомість, договірна практика.

Поновлення аналогічних життєвих ситуацій призводить до придбання повторюваними відносинами ознак нормативності та їх усвідомлення суспільством як необхідних та обов'язкових. Таким чином, поступово складаються найбільш загальні нормативні положення. Велика їх частина — у вигляді звичаїв, моралі, релігійних установок тощо — формується, розвивається і втілюється в

¹ Стаття, що наводиться, є останньою науковою працею М. В. Цвіка. Він неодноразово збирався повернутися до неї, доопрацювати, наситити актуальними прикладами, новими ідеями, уточнити окремі дефініції, проте погіршення стану здоров'я йому завадило. Текст статті було відредаговано мною на підставі авторських чернеток, пояснень та виправлень і схвалено автором особисто. — *В. Смородинський.*

життя стихійно, на основі саморегулювання. Вони реалізуються завдяки певним переконанням, моральному впливу, за звичкою.

Утім для значної групи суспільних відносин таких способів створення і реалізації норм недостатньо. У процесі повторення таких усвідомлених людьми відносин, природних і заснованих на встановлюваних їх учасниками взаємних правах та обов'язках формується потреба підвищення їхньої ефективності. Це породжує необхідність більш чіткого і жорсткого регулятивного впливу на ці відносини, забезпечення їх захисту. Маються на увазі ті з них, що потребують зовнішньої оцінки, підтримки і захисту авторитетом влади.

Така оцінка дається державою, яка «підключається» до процесу правоутворення на його заключному етапі. Її роль при цьому не можна вважати вирішальною, вона обмежується санкціонуванням регулярно повторюваних відносин, тобто перетворенням їх шляхом юридичного оформлення у право. Умовно кажучи, держава виконує щодо права роль «повитухи»: завдяки її діяльності правило, тривалий час «виношуване» суспільством, набуває характеру формальної визначеності, стає офіційним. Таким чином, держава не встановлює правові норми, а лише завершує процес їх формування.

Спочатку розвиваючись у соціальному середовищі, згадані відносини і норми набувають правового характеру лише на основі їх юридичного оформлення. Цей заключний етап формування права — його юридичне оформлення — здійснюється компетентними державними органами. Використовуючи юридичний понятійний апарат, вони формулюють текст, що переводить на юридичну мову зміст тривалих повторюваних суспільних відносин. У результаті цієї діяльності виникають юридичні приписи (юридичні акти), які мають офіційний характер. Шляхом санкціонування держава створює легальні правові джерела (закон, прецедент, нормативний договір та ін.), унаслідок чого право набуває формальної визначеності. Відповідно до кожного з цих джерел правові настанови набувають тієї чи іншої юридичної сили. Одночасно держава офіційно закріплює гарантії (санкції) на випадок можливого порушення у майбутньому правил, що нею санкціонуються.

Таким чином, державне закріплення та юридичне оформлення повторюваних суспільних відносин завершують процес формування права, є запорукою його дії та розвитку. Спирання на повторювані відносини є основою використання накопиченого у процесі правоутворення і правореалізації досвіду, забезпечення стабільності правового регулювання.

За своєю змістовною спрямованістю повторюваність може бути позитивною (такою, що має позитивне значення для розвитку суспільних відносин) або негативною (такою, що гальмує їх нормальний рух). В основі права лежать як позитивна, так і негативна повторюваність.

Аналіз процесу правоутворення дає можливість також розрізнити повторюваність стихійну та усвідомлену, в тому числі науково усвідомлену, постійну і тимчасову, безперервну і таку, що має переривчастий характер, тощо. Для дослідження процесу формування права і державного впливу на нього необхідним є поділ повторюваності на таку, що є можливою лише в межах певної території (як правило, території держави), і таку, що здійснюється незалежно від територіальних обмежень — зокрема в разі акультурації, тобто запозичення окремими суспільствами (державами) певних юридичних настанов, сформованих в інших суспільствах (державах). Слід також визнати, що повторюваність може мати як

природний характер, тобто виникати безпосередньо в суспільних відносинах без будь-якого зовнішнього впливу, так і штучний, коли вона виникає на основі правових експериментів.

Після того, як сформовані в результаті первинної повторюваності суспільні відносини пройшли етап правозакріплення і набули статусу правових норм, процес формування права не завершується, а передбачає подальше поглиблення його змісту, деталізацію його засад з метою охоплення всіх особливостей різних сфер суспільного життя.

Санкціонування державою певних відносин не заважає збереженню їхнього природного характеру, продовженню постійного повторення і в майбутньому. Однак характер повторюваності істотно змінюється. Вона стає похідною і починає здійснюватися відповідно до офіційного, точно визначеного еталону в межах обов'язків або можливостей, установлених у державних актах (приписах). Джерелом повторюваності тут є формально визначені та сформульовані державою загальні правила поведінки. Повторення здійснюється окремими особами, організаціями чи органами шляхом багаторазового використання, дотримання, виконання і застосування цих правил у сфері суспільної, юридичної, зокрема судової, практики. Відхилення від них набувають статусу правопорушень, що виникають на основі негативної повторюваності (неправомірної поведінки).

Подальше поглиблення змісту права має враховувати розвиток суспільних відносин. Зокрема, характер учинків, поведінки тягне за собою зменшення або, навпаки, посилення негативних повторень, має бути сигналом для внесення відповідних змін до законодавства (скасування окремих приписів, пом'якшення або посилення відповідальності тощо).

Викладене розуміння права у жодному разі не має сприйматися як протиставлення його законодавству та іншим джерелам права. Навпаки, йдеться про їх щільну єдність, про те, що більшість нормативів хоча і виникають безпосередньо на основі повторюваних суспільних відносин і правовідносин, однак, закріплюються через законодавство чи інші формально визначені настанови. Існування певної форми правових норм має суттєве значення, оскільки саме воно є зовнішнім свідченням їхньої загальнообов'язковості.

Водночас право не слід змішувати з формами його існування — законодавством, судовим прецедентом, санкціонованим звичаєм, договором. Як справедливо відзначає С. І. Максимов, влада — «лише підсумовуючий фактор правоутворення, який безпосередньо поєднує і формує матерію права у правовому змісті». Тому, враховуючи те, що йдеться про процес самоформування права, настав час відмовитися від терміна «правотворчість» на користь «правоутворення» і «правозакріплення».

Право може виникати до появи офіційно визнаних форм його закріплення, існувати в єдності з ними і незалежно від них. Право може діяти до появи законодавства («дозаконодавче право») у вигляді правовідносин на основі багаторазового повторення і захисту державою певних дій або відносин. З появою держави право найчастіше закріплюється нею в нормативних актах або інших джерелах і діє через них («законодавче право»). Природні права, судова практика, прецедентне і звичаєве право мають нормативну природу, можуть діяти або діють і поза законодавством («позазаконодавче право»).

Усупереч поширеним твердженням, формальна визначеність не є загальною конститутивною ознакою права, властива не всім його проявам. Поза форм

права можуть існувати такі важливі, формально не визначені його складові, як правовідносини, природні права, правосвідомість. Така можливість є достатньою підставою для незгоди із суто формальним розумінням права тими вченими, які розглядають право як систему «загальнообов'язкових норм, що виявляються в законах та інших джерелах, визнаних державою» (С. С. Алексєєв).

В Україні діє конституційний принцип верховенства права, в основу якого покладено пріоритет права перед державою. Це з особливою силою вказує на неприпустимість спрощеного, ще не до кінця подоланого розуміння права як дарованого державою, його творіння, команди суверенної державної влади. Такий суто позитивістський підхід, що бере початок від Т. Гоббса та аналітичної юриспруденції І. Бенґама і Дж. Остіна, досі зберігається в деяких галузевих юридичних науках. Характерним для нього є фактичне зведення права до закону, відсутність аналізу глибинного його змісту, недостатнє взаємопроникнення права і суспільних відносин, що складають предмет правового регулювання. Передумовою й основою правового регулювання є не воля держави, утілена в законодавстві, а характер суспільних відносин, що об'єктивно складаються на основі взаємодії окремих осіб та їх об'єднань, підтримуються і захищаються державою.

Саме тому основу праворозуміння має становити визнання, що джерелом набрання суспільними відносинами нормативного характеру є переважно не зовнішній вплив, не державне втручання, як це часто заявляється, а їх постійна повторюваність.

Сучасне праворозуміння має ґрунтуватися на використанні досягнень світової науки — як сучасної, так і минулих часів. Воно повинне складатися з добре забутого старого в поєднанні з новими інтерпретаціями окремих проявів суспільного життя в цілому і правової матерії зокрема.

Так, починаючи з Платона і Арістотеля, всі напрями в теорії сходяться в тому, що право має бути концентрованим виразом ідеалів справедливості, втіленням моральних принципів, які панують у суспільстві. Аналогічних поглядів дотримується значна частина західних філософів і правознавців другої половини ХХ ст. (Р. Дворкін, Дж. Ролз, Л. Фуллер, Ф. Гаєк та ін.). Незважаючи на значну різноманітність підходів до проблеми співвідношення права і справедливості, всі вони пов'язують зміст права з реалізацією справедливості. Цей висновок відповідає етимологічному значенню терміна «право». Саме у справедливості права, зміст якої по-різному тлумачиться дослідниками, вбачається його загальнолюдська цінність. Йдеться, безумовно, не про абстрактну, а про конкретно-історичну справедливість, уявлення про яку в різні епохи істотно змінювалося. В сучасних умовах справедливість права слід вбачати в його прогресивній спрямованості, легітимності, відповідності ідеалам демократії та гуманізму, служінні особистості та суспільству.

Найвища цінність права полягає в його характеристиці як інструмента соціального прогресу, гарантованості ним загальної свободи та рівності. Останні також не мають абсолютного характеру. Вони підлягають нормуванню з метою задоволення інтересів кожної особистості та суспільства у цілому. Права всіх суб'єктів не можуть не бути певною мірою обмежені заради забезпечення свободи всіх і кожного. За допомогою відповідних дозволів і заборон визначається міра свободи належної та можливої поведінки громадян, держави та її органів, службових осіб, інших суб'єктів суспільної діяльності.

Зміст права і водночас його мету становить поєднання свободи кожного зі свободою всіх. Характер цього поєднання залежить від особливостей економічних, політичних, соціальних та інших відносин, властивих тому чи іншому суспільству. Право виступає як міра свободи, що відповідає характеру цих відносин. Ця міра має бути легітимізованою, тобто відображати інтереси і волю суб'єктів суспільних відносин.

Суспільно необхідні взаємні обмеження свободи є однією з умов досягнення загальної юридичної рівності. На відміну від фактичної рівності, вона полягає в закріпленні рівності всіх перед законом. У його межах передбачаються різні права та обов'язки у різних за правовим статусом груп суб'єктів права, тобто встановлення певної міри рівності. Вона встановлюється також і з метою уникнення зловживань цим принципом. Так, наприклад, рівні економічні можливості та рівний юридичний механізм створення засобів масової інформації обмежуються заборонаю економічної та інформаційної монополізації.

Погляди на відображення у праві міри свободи і рівності, витоки яких спостерігаються ще в І. Канта, сприйняті юридичною наукою й активно нею використовуються. У країнах колишнього СРСР такий підхід до з'ясування природи права заклали В. С. Нерсисянц у Росії та М. І. Козюбра в Україні. Його подальшому поглибленню сприяють роботи вітчизняних учених, зокрема дослідження основних принципів права, проведене С. П. Погребняком. Разом з тим помилковим слід визнати погляд на право як міру також і справедливості, оскільки справедливість як правовий принцип не підлягає нормуванню (виміру) і не може, нехай навіть частково, відчуватися.

На ґрунті дослідження фундаментальних властивостей права виникає питання його визначення. Зміст праворозуміння охоплює значно більше, ніж визначення права. Останнє, як і будь-які інші визначення, має обмежене значення і здатне дати лише загальне уявлення про право. Багатогранність права зумовлює можливість його всебічної характеристики лише шляхом декількох визначень, кожне з яких відбивало б певну грань (аспект) його існування. Що стосується формально логічного загального визначення права у його повному обсязі, то, якщо спробувати його сформулювати, воно буде настільки громіздким, що втратить наукову цінність. І все ж таки бажано, щоб визначення права містило його основні загальні ознаки і відображало загальнофілософський підхід до цього явища.

Ураховуючи вищевикладене, право доречно розглядати як систему повторюваних суспільних відносин, що санкціонуються і формалізуються державою і відображають справедливу міру належної та можливої поведінки їх учасників.

Цвік М. В. Право як система повторюваних юридично оформлених суспільних відносин

Анотація. Стаття є теоретичним дослідженням проблем праворозуміння і правоутворення. Автор виходить із того, що основою формування права є повторювані суспільні відносини. Розглядається місце держави у процесі правоутворення. Автором запропоновано визначення права як системи повторюваних суспільних відносин, що санкціонуються і формалізуються державою і відображають справедливу міру належної та можливої поведінки їх учасників.

Ключові слова: право, праворозуміння, повторюваність, правоутворення, правові відносини, правове регулювання, рівність, справедливість.

Цвик М. В. Право как система повторяющихся юридически оформленных общественных отношений

Аннотация. Статья является теоретическим исследованием проблем правового понимания и правообразования. Автор исходит из того, что основой формирования права являются повторяющиеся общественные отношения. Рассматривается место государства в процессе правообразования. Автором предложено определение права как системы повторяемых общественных отношений, санкционируемых и формализованных государством, отображающих справедливую меру надлежащего и возможного поведения их участников.

Ключевые слова: право, правовое понимание, повторяемость, правообразование, правоотношения, правовое регулирование, равенство, справедливость.

Tsvik M. Law as System of the Repetitive Legalized Social Relations

Summary. The article is a theoretical research of the problems of legal sense and genesis of law. The author states the law originates from repetitive social relations. The role of state in the law genesis is examined. The author defines law as system of the repetitive social relations which are sanctioned and formalized by the state and represent the just measure of the proper and possible conduct of their participants.

Key words: law, legal sense, repetition, genesis of law, legal relations, legal regulation, equality, justice.

ЮРГЕНУ ГАБЕРМАСУ — 85 РОКІВ

Від наукової ради та редакційної колегії.

Юрген Габермас — одна з найвидатніших та найвпливовіших постатей у сучасній європейській практичній філософії, основоположник теорій комунікативної дії, етики дискурсу та деліберативної демократії, які багато в чому визначили вектор розвитку як континентальної, так і англо-американської політичної філософії, а також філософії моралі та права. Як наступник Макса Горкгайма, в 1964 р. Ю. Габермас очолив кафедру Університету Франкфурту-на-Майні, на якій пропрацював, з перервами, до 1994 р. У 1970–1981 рр. був одним з очільників Інституту з досліджень умов життя науково-технічного світу Товариства Макса Планка у Штарнберзі. Габермас отримав визнання як один із найяскравіших представників другого покоління теоретиків франкфуртської школи, який зміг вдихнути у неї нове життя, насамперед завдяки лінгвістично-комунікативному «повороту».

Ю. Габермас належить до тієї плеяди мислителів, якій вдалося не просто започаткувати нові напрями досліджень та створити власну школу думки, а й змінити сучасну філософську парадигму в цілому. Перехід від суб'єктивної до інтерсуб'єктивної настанови філософування, основні риси якої були охарактеризовані у вже класичній роботі «Теорія комунікативної дії» (1981), визначив не лише зміну методологічних підходів, а й відкрив новий горизонт опитування в соціології, моральній філософії, етиці, філософії права. Адже завдяки йому виявилось, що розум — це не лише здатність монадично замкнутого суб'єкта здійснювати універсалізації та узагальнення, а насамперед — комунікативний медіум, завжди вже розчинений у нашій повсякденній мовній практиці. Власне ця практика і є інтерсуб'єктивною основою моральної, етичної та правової нормативності, яка, незважаючи на все своє розмаїття, завжди апелює до аргументації та виявлення спільних значень, що поділяються учасниками комунікативних спільнот.

Окремої уваги заслуговують зусилля Ю. Габермаса, спрямовані на розв'язання такої фундаментальної для модерної теорії права проблеми, як суперечність між ліберальним тлумаченням пріоритетного характеру суб'єктивних прав людини та республіканським розумінням політичного суспільства, яке лише шляхом демократичного самоконституювання надає суб'єктивним правам відповідного значимого статусу. Яскравою віхою на шляху теоретичного висвітлення проблематики взаємовідношення права та демократії стала робота Ю. Габермаса «Фактичність і значущість» (1992).

Широта спектру наукових інтересів Ю. Габермаса відбилася у його полеміці з багатьма видатними ключовими постатями світової філософії ХХ ст., зокрема, з М. Гайдеггером — щодо значення феномену публічності та політичних конотацій фундаментальної онтології, з Г.-Г. Гадамером — щодо феномену традиції та герменевтичного підходу до аналізу суспільства, з Н. Луманом — щодо поняття системи у соціологічній теорії, з Дж. Ролзом — щодо базових принципів обґрунтування ліберальної рівності та прав людини, з Ч. Тейлором — щодо значення патріотизму та взагалі етичних настанов окремих спільнот для становлення інститутів ліберальної демократії тощо.

18 червня 2014 р. Юргену Габермасу виповнилося 85 років. Наукова рада та редакційна колегія журналу «Філософія права і загальна теорія права» поздоровляє видатного філософа з ювілеєм, бажає йому здоров'я, творчої наснаги та сподівається на подальшу співпрацю.

НА ХВИЛІ ДУМОК¹

Інтерв'ю Юргена Габермаса² Маркусу Шверінгу



«Після винайдення *писемності* й *друку* *цифровий зв'язок* являє собою третю найбільшу новацію у площині масової інформації. Їх поява дозволила забезпечити постійно зростаючій кількості людей доступ до інформації, маса якої невинно збільшується. Вони стають дедалі міцнішими, все більш простими. З останнім кроком, представленим появою Інтернету, ми стикаємося зі свого роду "активізацією", коли читачі самі стають авторами. А втім саме по собі це автоматично не є запорукою

прогресу на рівні суспільної сфери. <...> класична публічна сфера пов'язана із тим, що увага анонімної публіки "зосереджена" на певних політично важливих питаннях, які мають бути регламентовані. Це те, що Інтернет не знає, як виробляти. Навпаки, web фактично відволікає і розсіює увагу». Так Юрген Габермас коментує еволюцію демократичної участі в епоху Інтернету. Інтерв'ю було опубліковано в червні цього року до 85-річчя філософа.

М. Ш. Пане Юргене, Ви відсвяткували своє 85-річчя. У Вашому віці, що означає «жити теперішнім»? Що позв'язує Вас зі світом Ваших дітей і онуків?

Ю. Г. Ви маєте на увазі певну «пристрассть до сучасності»? Так, я завжди слідкую за політичним розвитком пристрасно. З другого боку, споглядання за тим, як твоє власне покоління роздавлене минулим, має такий самий ефект, як «білування» (зняття шкіри). Вчора я отримав перший примірник моєї біографії, написаної Штефаном Мюллер-Домом³. Хоча автор приписує мені найвищі

¹ Уперше інтерв'ю під назвою «На хвилі думок» було опубліковано німецькою у розділі «Культура» інтернет-видання «Frankfurter Rundschau» 13 червня 2014 р. У подальшому, 24 липня 2014 р., вийшов переклад інтерв'ю англійською в інтернет-журналі ResetDoc (переклад з німецької Марії Боттіглієро) під назвою «Інтернет і публічна сфера: що Інтернет неспроможний зробити».

² Інтерв'ю друкується за люб'язною згодою Ю. Габермаса. Переклад з англійської О. Уварової.

³ Müller-Doohm S. Jürgen Habermas. Eine Biografie / S. Müller-Doohm. — Berlin : Suhrkamp Verlag, 2014. — 784 s.

чесноти, підстав для чого ніколи не було, я доволі сильно боявся появи цієї книги. Що стосується моїх синів, які є вже дорослими людьми, у мене складається враження, що в цілому вони поділяють ті ж політичні й інтелектуальні ідеї, що і їхні батьки. Але мої онуки, як видається, живуть уже в іншій епосі...

М. Ш. Озираючись назад, яким було найважливіше переживання, яке спрямувало Вас в інтелектуальній і практичній сферах?

Ю. Г. Інтелектуальні переживання можуть бути легко пов'язані із конкретними людьми. Я зустрів свого першого філософа в особі Карла-Отто Апеля, який спершу був моїм наставником, а потім став моїм другом. Надзвичайний привілей працювати з Адорно дозволив мені побіжно подивитися на спосіб мислення, який є одночасно повчальним і захоплюючим. Обидва — Вольфганг Абендрот і Ганс-Георг Гадамер — також були ніби останні академічні майстри. Після цього в мене була можливість вчитися у цілого покоління «однолітків» на цьому боці і по той бік Атлантики. Перш за все я мав щастя зустрітися з блискучими колегами, які допомагали мені на цьому шляху і супроводжували в усіх перипетіях мого мислення. Якщо все підсумувати, це були мої інтелектуальні стимули. Утім Ви також запитали мене про мої переживання на більш «практичному рівні». Будь-яка людина, в якій є діти і яка перебуває у шлюбі понад шістьдесят років, знає, що є набагато більш важливі речі, аніж інтелектуальні стимули.

М. Ш. Ви миттєво стали знаменитістю завдяки тексту «Структурна трансформація публічної сфери» (1961). Емпірична будова зазнала з тих часів кардинальних змін. Публічна сфера була радикально перетворена новими ЗМІ. Як би Ви вирішували це завдання сьогодні? Як ми могли б застосувати ту виразну й нормативно просякнуту концепцію демократичної «публічної сфери» до нинішніх умов, концепцію, якій Ви жодного разу не зрадили?

Ю. Г. Сьогодні ми бачимо, як навіть на Заході демократичні процедури й інститути можуть зводитися до порожніх фасадів, якщо вони втрачають функціональну публічну сферу. І навпаки, функціонування у публічній сфері завжди передбачає наявність вимогливих нормативних умов. Насправді, ланцюг публічної комунікації не слід відривати від реальних процесів прийняття рішень. У Європі навіть політична криза останніх років навчила нас цим двом аспектам проблеми.

М. Ш. Інтернет — це корисно чи шкідливо для демократії?

Ю. Г. Не перше і не друге. Після винайдення *писемності* й *друку цифровий зв'язок* являє собою третю найбільшу новацію у площині масової інформації. Їх поява дозволила забезпечити постійно зростаючій кількості людей доступ до інформації, маса якої невинно збільшується. Вони стають дедалі міцнішими, все більш простими. З останнім кроком, представленим появою Інтернету, ми стикаємося зі свого роду «активізацією», коли читачі самі стають авторами. А втім саме по собі це автоматично не є запорукою прогресу на рівні суспільної сфери. Упродовж ХІХ століття — за допомогою книг і газет, розрахованих на велике коло читачів, — ми споглядали народження національних публічних

сфер, в яких увага невизначеного кола осіб може бути одночасно прикута до тих самих проблем. Це, однак, *не залежало* від технічного рівня, на якому факти множилися, прискорювалися, міцнішали. За великим рахунком, це ті ж центробіжні процеси, які досі відбуваються в Інтернеті. Швидше, класична публічна сфера пов'язана із тим, що увага анонімної публіки «зосереджена» на певних політично важливих питаннях, які мають бути регламентовані. Це те, що Інтернет не знає, як виробляти. Навпаки, *web* фактично відволікає і розсіює увагу. Подумайте, наприклад, про тисячі порталів, які народжуються щодня: для філателістів, для учених з європейського конституційного права, для груп підтримки людей із алкогольною залежністю. В *mare magnum* (самому центрі) цифрових шумів ці комунікативні співтовариства схожі на розсіяні архіпелаги: їх мільярди. Те, що ці комунікативні простори (замкнуті в собі) є недостатніми, пов'язує їх між собою. Зв'язуюча сила публічної сфери підкреслює, які саме питання є дійсно важливими. Для того щоб створити таку «концентрацію», передусім потрібно знати, як здійснювати вибір — знати і коментувати — відповідні статті, інформацію й питання. Коротше кажучи, навіть у самому центрі цифрового шуму навички старої доброї журналістики — так само необхідні сьогодні, як і були вчора, — не мають бути втрачені.

М. Ш. У роботі «Фактичність і значущість» (1992) Ви забезпечили ліберально-демократичну державу масивною основою легітимності. Щоб Ви відповіли, якби хтось сказав так: «Завдяки Габермасу демократія здобула перемогу в площині ідей, однак проблема її перемоги в реальності все ще залишається актуальною»?

Ю. Г. Я б сказав: лозунг, отруений у дружній спосіб. Я просто проілюстрував одну із можливих моделей демократії, і я зробив це в суто реконструктивному сенсі, без наміру зіграти на сурмі утопізму. Моя реконструкція заснована на прагматичній zasadі, якої громадини неминуче дотримуються щоразу, коли вони: а) йдуть голосувати; б) звертаються із позовною заявою до суду; в) протиставляють себе державі загального добробуту, яка зазнає демонтажу. Коли ці нормативні засади (знову ж таки: кожен голос до виборчої скриньки є рівним за своєю цінністю тому, що судді є неупередженими, що уряди реалізують програми, заради яких їх було обрано) систематично порушуються, то практики, які засновані на них, зазнають *коллапсу*. Або такі практики стають порожніми всередині через цинічний підхід тих, хто займає посади в уряді та/або через мовчазну апатію громадян.

М. Ш. У деяких недавніх критичних зауваженнях, спрямованих більше на Ханну Арендт, аніж на Карла Шмітта, також стверджувалося, що Ваша дорадча (деліберативна) модель — що має дискурсивне спрямування — втрачає свою мету у тій частині, в якій прагне відтворити політичне як абстрактний, заснований на науково обґрунтованих знаннях, процес, який насправді є більше схожим на насильницьку боротьбу за владу та її утримання. Якою є Ваша реакцію на таку критику?

Ю. Г. У плюралістичному суспільстві демократичний процес виступає єдиним джерелом отримання рішень, що визнаються легітимними. З одного боку,

цей процес забезпечує *інклюзивність* (включеність, тобто участь усіх громадян), з другого — *деліберативність* (тобто дорадчий характер; наприклад, виборчі кампанії і парламентські дебати, на підставі яких виборці або, відповідно, парламентарії роблять свій вибір). Зокрема, через цей елемент *публічної дискусії* — дискусії, яка повинна мати місце перед тим, як відбудеться голосування — результат політичних виборів (поділу влади між конкуруючими сторонами) є дещо відмінним від простих соціопитувань. Тут не так багато спільного з процесами наукового пізнання, як це має місце, коли йдеться про очікування, що політичні проблеми може бути вирішено найбільш раціональним із можливих способів. Таке «очікування раціональності» фактично вимагає, щоб — при формулюванні значущих пропозицій — достовірна інформація і вагомі аргументи були покладені на стіл. У цьому процесі нормативні підстави часто відіграють важливішу роль, аніж реальні емпіричні дані або аналіз експертів. У будь-якому випадку це завжди мають бути підстави, які можна «порахувати». Цей *пізнавальний* аспект формування волі (і громадян, і політиків) стає ще більш значущим, коли горизонт невизначеності, в умовах якого нам доводиться приймати рішення, зростає.

М. Ш. Центральна тема, яка Вас захоплює, — це Європа і її демократична уніфікація. На семінарі в Принстоні Ви нещодавно запропонували змінити європейську Конституцію у напрямі трансформації Ради Міністрів у представництво окремих держав, що робить його другою законодавчою «ногою» поряд із Європейським парламентом¹. На цю пропозицію відразу надійшло заперечення, за яким європейський проект прагне подолати старі державницькі розподіли і, відповідно, не повинен укріплювати або укорінювати цей пережиток у «будинку держав». Як Ви ставитеся до такої критики?

Ю. Г. Ця критика не бере до уваги поточну політичну ситуацію. Навіть конфлікт, пов'язаний із номінацією Юнкера, продемонстрував, у чому полягає реальна проблема. В Європі сьогодні голови урядів мають однакову напівконституційну роль, колись здійснювану сувереном старого Німецького Рейху. Необхідно визначити, *яка частка влади* очільників уряду має бути передана парламенту з тим, щоб зменшити той демократичний дефіцит, який кричить про реванш. Порівняно із транснаціональною демократією, без будь-якої ознаки державності, Федеральна система США *не є тим*, що ми маємо імітувати. Швидше, парламент має бути *прирівняний* до Ради, роль якої — бути місцем державного представництва. З метою гармонізації цих двох законодавчих установ необхідно ввести відповідні процедури. Зіткнення при призначенні Президента Єврокомісії підкреслює, що органічна політична система і досі відсутня на європейському рівні, де — висуваючи своїх кандидатів — у подальшому їх можна відсунути за межу під тиском Ради.

М. Ш. Давайте перейдемо до сепаратистських тенденцій в Україні, Шотландії, Бельгії тощо. Чому Ви різко критикували такий сепаратизм декілька разів? Чехія і Словаччина продемонстрували, що можна відокреми-

¹ Доповідь Ю. Габермаса на американській конференції було опубліковано під назвою «Для транснаціональної демократії».

тися без особливих труднощів. З історичної точки зору, відокремлення — це лише інша форма державоутворення. Чому ми маємо виключити її з нормативної точки зору?

Ю. Г. Нація, задумана як священний принцип, була остаточно подолана у Версалі наприкінці Першої світової війни. Замість укріплення миру цей принцип завжди збудує нові конфлікти. Причина цього є очевидною: немає населення, яке було б етнічно однорідним. Креслення нових кордонів просто відтворює відносини більшості й меншості в *інверсійний* спосіб. Коли Геншер визнав Хорватію як нову суверенну державу, тим самим сприяючи розпаду колишньої Югославії, він нічого іншого не зробив, окрім того, що відчинив двері для найбільш лютих погромів після Другої світової війни. Ту ж помилку було повторено з Косово. Це є результатом довгої тіні, яку в дев'ятнадцятому столітті націоналізм кинув на двадцяте століття. І тепер ми спостерігаємо відродження націоналістичних примар у центрі Європейського Союзу, який неспроможний навіть покласти край угорському авторитаризму Орбана.

М. Ш. У своїй книзі, опублікованій минулого року, «На хвилі технократії», Ви здійснили серйозний напад на європейську політику Меркель. Таким чином, у Вашій роботі проглядалося сприяння виборчій кампанії Соціал-демократичної партії Німеччини. Тепер, однак, із соціалістами в уряді, німецька політика щодо Європи залишається більш-менш такою ж, як і раніше. Ви змінили свою думку? Ви відчуваєте розчарування?

Ю. Г. Соціал-демократична партія Німеччини дозволила втягнути себе до коаліції. Вона ніколи не мала бажання перечити Меркель у цьому питанні. Тепер, однак, вона буде вимушена це зробити, якщо не хоче зраджувати свою європейську кандидатуру — Мартіна Шульца.

М. Ш. У той же час багато-хто із держав-боржників збирається покинути парасольку захисту. Можливо, політика Меркель насправді не була такою поганою, як це могло видатися?

Ю. Г. Насправді, структурні диспропорції національної економіки продовжують зростати в еврозоні. Ми не можемо продовжувати цю політику «внутрішньої девальвації», за яку в країнах, що найбільше постраждали від економічного спаду, заплатили найбільш знедолені групи: молоде покоління, система соціального забезпечення й інфраструктура. Якщо ми будемо продовжувати це робити, правий популізм буде міцнішати, конфлікти між населенням ставатимуть більш радикальними, антинімецькі настрої будуть зростати. Меркель боїться говорити цю просту істину своїм виборцям, а отже, надає їм розбавлене водою вино. Хибне заснування грошового співтовариства без політичного контролю було помилкою, зробленою за «солідарною відповідальністю» всіма державами-учасниками. Тепер німці воліють захистити себе від обов'язків із наслідками.

М. Ш. Що надає Вам сили, щоб не реагувати на те, що Ваш вчитель Адорно назвав «поганим курсом світу» в поразницькій манері?

Ю. Г. Гегель поклав на стіл абсолютний дух проти поганого курсу світу, там, де Адорно протиставляє відчай, прагнучи звернутися із месіанським світлом — у контрфактуальний спосіб. Насправді, він міг тільки засудити негативність існування всередині конусу цього освітлення. Я відчуваю себе достатньо близьким до позиції Канта, якому Адорно справедливо приписав мотив під назвою «незбагненність відчаю».

М. Ш. Ходять чутки, що Ви працюєте над великою роботою з філософії релігії, попередня версія якої вже з'явилася. Яким є Ваш новий інтерес до релігії і чим його зумовлено? Напевно, деяким викликом є той факт, що попри всі очікування, релігія не тільки не була нейтралізована секуляризацією сучасності, а й насправді, як видається, відроджується в нових і часто тривожних формах?

Ю. Г. Якщо поставити засвоєння мови — як механізм комунікації — у центр еволюції, з великою часткою вірогідності можна припустити, що процеси соціалізації для конструктивно *антисупільних* сфер мають пройти через сильну *напругу* між духом і мотивацією. Очевидно, що «релігійний комплекс» був тим, що утримувало разом і стабілізувало перші спільноти, забезпечуючи їх від внутрішньої напруги. Від самого початку класики соціології визначили джерело нормативної совісті й соціальної солідарності в міфах і ритуалах. Я пов'язую цей інтерес соціологів із гегелівською посилюю, відповідно до якої багато понять практичної філософії — незважаючи на грецькі назви — по суті є результатом світського процесу асиміляції, а семантичний переклад народився від іудейсько-християнської традиції. Якщо ми думаємо про таких письменників, як Блох і Бен'ямін, Бубер, Левінас і Дерріда, ми можемо побачити, що асиміляція ще не завершена. Для постметафізики лінія думки щодо себе у зв'язку із нормативними ресурсами в глобальному суспільстві пущена під укіс капіталізмом, все це може бути приводом для того, щоб нарешті приступити до зміни точки зору. Замість того, щоб фокусуватися виключно на науках, філософія має бути спроможна поставити себе в залежність від релігійних традицій, які залишаються вирішальними. Проте я не хочу, щоб мене зрозуміли неправильно. Я в жодному разі не пропоную, щоб пост-метафізичне мислення відмовилося від свого світського саморозуміння, однак, швидше, пропоную, щоб це саморозуміння мало біфокальний напрям.

М. Ш. Яким є Ваш висновок щодо стану філософії сьогодні? У Німеччині те, що колись називали популярною філософією — «ток-шоу філософія», — стає все більш модним. Я маю на увазі таких особистостей, як Сафранський, Слотердайк і Прехт. Це добре чи погано?

Ю. Г. Імена, які Ви називаєте, не є реальними представниками німецької філософії. Сьогодні філософія є академічно-науковою професією, як і всі інші. Вона відрізняється від інших дисциплін тим, що не має ані «методу», ані «об'єкта», які можуть бути взяті апріорі. Особисто я занадто старий, щоб намагатися надати загальне судження про поточний стан дисципліни. Я можу, однак, сказати Вам, у чому полягав мій досвід. Моє покоління змогло прищепити

інтерес і отримати визнання американських, французьких і навіть англійських колег тільки завдяки тому, що — в аспекті декількох питань — ми були здатні підкреслювати міцність нашої традиції. Це було зроблено завдяки аналітичному і системному дотриманню таких джерел, як Кант, Гегель і Маркс. Я набрався сміливості надати цю рекомендацію з надією не піддавати себе звинуваченням у провінційності.

М. Ш. Ви завжди захоплювалися давніми філософами, які йшли на агору й реалізовували публічне використання розуму. З іншого боку, у Вас також є репутація складного філософа, і Ваші тексти є непростими, їх непросто зрозуміти. Чи немає тут суперечності?

Ю. Г. Добре. Читачі цього інтерв'ю погодяться із Вами відразу ж. Але бачте, достукатися до широкої громадськості для мене ніколи не було метою. Я навіть не ходжу на телепрограми. Мій світ — в університеті. Правдою є те, що я даю забагато інтерв'ю, і я пишу статті в газетах, але тут винні перш за все редактори, що проявляють слабкість до мене. Я не прагну мати широке коло читачів, я прагну поширити конкретні ідеї.

М. Ш. Особисте запитання: чи траплялося з Вами — як писав Едуард Мьоріке у «Зимовому ранку до світанку» — таке, що Ви прокидаєтеся вранці і раптом спадає на думку, ніби в кошмарі, що все, про що Ви думали або писали до цього часу, було помилкою? Якщо Ви насправді відчували щось схоже, як Ви долаєте цю екзистенційну невпевненість?

Ю. Г. *Es ist ein Augenblick / Und alles wird verwehen.* [«Лише мить / І все минеться»]. Як Ви бачите, я пішов відшукувати поеми і вірші, на які Ви посилаєтесь. На жаль, я маю Вас розчарувати. Перед тим, як прокинутися, я не поринаю у фантастичний і казковий світ, який описує Мьоріке. Швидше, я падаю у безодню тривожних думок. Тому моя непевність може бути куди більш глибокою. Якщо, однак, ми хочемо надати відповідь на Ваше запитання у менш драматичному ключі, тільки в сенсі моєї академічної роботи, то я відповім більш прагматично. Природно, що кожне окреме твердження, яке було мною написано, може бути неправильним. Проте, Ви говорите: «все, що колись було мною написано». Таким чином, Ви посилаєтесь на суму всіх покладених в основу положень. Насправді, як філософи, ми завжди думаємо в межах певного загального фону або контексту, який підтримує нас. На щастя, цей контекст завжди може проявити себе як неправильний, коли ми виділяємо окремий його елемент. Як щєбінь, він інтуїтивно присутній на горці, і він рухається з нами, коли ми виправляємо себе або проходимо процес навчання. Однак ця сукупність покладених в основу положень ніколи не може вважатися неправильною, оскільки вона не може стати результатом фальсифікованої звітності.

ЕРІХУ СОЛОВЙОВУ — 80 РОКІВ

Від наукової ради та редакційної колегії.

20 квітня 2014 р. свій 80-річний ювілей відзначив Еріх Юрійович Соловйов, відомий російський філософ, професор, доктор філософських наук, головний співробітник Інституту філософії РАН.

Еріх Юрійович — визнаний фахівець у галузі історії західної філософії та філософії права. На пострадянському інтелектуальному просторі важко знайти людину, яка зараховує себе до співтовариства філософів права і не зачитувалася б його блискучими роботами про Мартіна Лютера і Реформацію, Джона Локка і епоху ранніх буржуазних революцій, Імануїла Канта і Просвітництво, як і роботами про особистість, правовий нігілізм, категоричний імператив, права людини та правову державу. Можна без перебільшення сказати, що його дослідження суттєво вплинули на пострадянську філософію права, скоротивши певною мірою довгий шлях її учнівства. Один із зразків його неперевершеного історико-філософського аналізу правових ідей, актуальних для сьогодення, публікується нижче.

Заслужене визнання отримали публікації останніх років, де аналізується літературна спадщина О. Герцена, В. Соловйова, Л. Толстого, А. Чехова, а також блискучі праці ювіляра у жанрі філософської (та філософсько-правової) публіцистики. Він — один з авторів переломною для вітчизняної філософії публікації про неklasичний етап сучасної європейської філософії, яка стала поштовхом і для сучасних дискусій про класичне і неklasичне (постklasичне) праворозуміння.

Поряд із численними статтями його перу належать п'ять монографій: «Екзистенціалізм і наукове пізнання» (М., 1966), «Непереможений еретик (Мартін Лютер і його час)» (М., 1984), «Минуле тлумачить нас (нарис з історії філософії та культури)» (М., 1991), «І. Кант: взаємодоповнюваність моралі і права» (М., 1993), «Категоричний імператив моральності і права» (М., 2005). За останню працю він був відзначений дипломом фіналіста національного конкурсу «Книга року» з філософсько-гуманітарної думки за 2004–2006 рр. і премією. Нагороджений почесною медаллю Інституту філософії РАН «За внесок у розвиток філософії» (2010).

Протягом чотирнадцяти років читав спецкурс про Реформацію, Просвітництво та німецький класичний ідеалізм на філософському факультеті Новгородського державного університету.

Еріх Юрійович активно співпрацює з науковцями України. Неодноразово брав участь у роботі міжнародних конференцій і філософських шкіл, організованих і проведених в Україні. Результатом цього творчого співробітництва стали його українські публікації: «Толерантність як новоєвропейська універсалія» (Політична думка. — 1996. — № 3–4) і «Намордник для Левіафана (про першопочатковий та вічний сенс суворо правової норми)» (Політична думка. — 1999. — № 1–2).

Наукова рада та редакційна колегія журналу «Філософія права і загальна теорія права» вітає Еріха Юрійовича з ювілеєм, бажає йому здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і сподівається на подальшу співпрацю.

ГУМАНІТАРНО-ПРАВОВА ПРОБЛЕМАТИКА У ФІЛОСОФСЬКІЙ ПУБЛІЦИСТИЦІ В. С. СОЛОВЙОВА¹

Е. СОЛОВЙОВ
*доктор філософських наук, професор,
головний науковий співробітник
сектору історії західної філософії
(Інститут філософії РАН, Москва, Росія)*



У нечисленній, ідейно різномірній літературі, присвяченій філософсько-правовому вченню В. С. Соловйова, є два *твори*, які можна назвати блискучими. Перший — це стаття П. І. Новгородцева «Ідея права у філософії Вл. С. Соловйова» (промова від 2 лютого 1901 р. на урочистому засіданні Психологічного товариства). Другий — праця найвизначнішого зарубіжного дослідника історії російського лібералізму Анджея Валіцького. Вона має назву «Володимир Соловйов: релігійна філософія і виникнення "нового лібералізму"» і являє собою розділ його книги «Філософія права російського лібералізму» (1987), опублікований як окрема стаття в паризькому журналі «Символ» (липовий випуск 1998 р.).

Знаменно, що обидві публікації, розділені без малого сторіччям, починаються з констатації ідеологічної і культурно-історичної несподіванки. П. І. Новгородцев змалював її таким чином: філософсько-правова концепція Вл. Соловйова — це, по суті, перша в Росії спроба систематично відстояти «довіру до ідеї права», прояснити «моральну цінність правових установ», нарешті, просто надати російській громадськості не те право, до якого люди прив'язані мотивацією приватного інтересу, а «право, яке здавна надихало на подвиг і на боротьбу»; парадокс полягає в тому, що спроба ця була зроблена і здійснена не політичним лібералом і західником, а одним із колишніх авторитетів слов'янофільства, відомим (так висловлюється Новгородцев) «переважно своїми містичними спогляданнями і прагненнями» [1, с. 525].

Логічно було б припустити, відгукується йому А. Валіцький, що філософ, «чий ідеї коренилися в російському релігійному антизахідництві», при зверненні до проблематики права виявиться черговим критиком західного раціоналізму, індивідуалізму і легалізму. Саме цього і чекали від нього його друзі-

¹ Соловьев Э. Ю. Гуманитарно-правовая проблематика в философской публицистике В. С. Соловьева / Э. Ю. Соловьев // В. С. Соловьев и его философское наследие : материалы междунар. конф., Москва, 28–30 августа 2000 г. — М. : Феноменология — Герменевтика, 2001. — С. 29–51. Переклад з російської О. Стовби, наукове редагування С. Максимова.

слов'янофіли та інші представники консервативного табору. Утім насправді думка Соловйова розвивалася в іншому напрямі». — У якому саме? — У напрямі рішучого визнання новоєвропейської правової ідеї; у напрямі російського «нового лібералізму», якщо говорити про майбутнє [2, с. 187–188].

Розмірковуючи про парадоксальність філософії права Соловйова як події його ідейної біографії, обидва автори згадують про інше дивне явище в духовному житті Росії. Це знаменита Пушкінська промова Достоевського, коли з уст найавторитетнішого захисника національної самобутності прозвучала хвала на адресу усечуйності російської душі та її здатності до здійснення найширших, найбільш універсальних культурних синтезів. Філософія права Соловйова і Пушкінська промова Ф. М. Достоевського — феномени, *однотипні у своїй незвичайності*¹.

Я хотів би форсувати тему, позначену Новгородцевим та Валіцьким, і наважуся стверджувати таке: парадокс російської правової культури не просто в тому, що філософія права, яка є співзвучною найбільш чистим ліберальним концепціям на Заході (насамперед кантівській), народилася в голові вчорашнього слов'янофіла. Парадокс ще й у тому, що до вчення такого типу не міг би піднятися жоден із сучасних Соловйову російських ліберальних теоретиків права. І не через брак таланту або якихось інших привідних причин, а через давню істотну ваду російського лібералізму — його, якщо завгодно, первородного гріха. Висуваючи цю тезу, я змушений звернутися до історичного роз'яснення — розлогого, але, на жаль, необхідного.

* * *

Смисловим ядром західної «правової ідеї», своє ставлення до якої російська громадська думка з'ясує протягом ось уже двох століть, є нормативний комплекс, нині іменований правами людини. Раніше він був відомий під назвою «суб'єктивного особистого права», «нового природного права», «базисних прав», «прав людини і громадянина», «невід'ємних громадянських прав». Ці поняття мали на увазі більш вузький простір свободи, ніж сучасні гуманітарно-правові декларації, але, мабуть, окреслювали його строгіше і надійніше.

Концепція прав людини — універсальне завоювання західної (європейсько-атлантичної) цивілізації. Уперше в історії воно було закріплено в американській Декларації незалежності, Конституції і Біллі про права. Однак, за суворим рахунком, ці документи лише «нотаріально оформили» уявлення та поняття, які протягом щонайменше двох століть визрівали у Старому світі.

У 1900 р. з'явилося дослідження німецького правознавця Г. Єллінека, присвячене передісторії французької Декларації прав людини і громадянина. Воно передувало знаменитій роботі М. Вебера «Протестантська етика і дух капіталізму» і передбачала деякі фундаментальні ідеї, за якими закріпиться пізніше титул «веберіанських». Серйозною заслугою Єллінека² було встановлення того, що права людини мали релігійно-моральні витоки: передбачені ще в богослов-

¹ Не можна не згадати у зв'язку з цим Є. М. Трубецького, який стверджував, що слід казати не просто про вплив Достоевського на Соловйова, але про їх взаємовплив, що *credo* Достоевського, виражене у Пушкінській промові, швидше за все, сформоване під впливом Соловйова (див.: [3, с. 73–74], див. також: [4, с. 179–180]).

² Він був, до речі, західним правознавцем, чия концепція у багатьох пунктах перегукувалась із вченням, викладеним Соловйовим у «Виправданні добра» (див. про це: [2, с. 227]).

ських суперечках пізнього Середньовіччя, вони виковувалися в горнилі Реформації і наступною за нею боротьбою за віротерпимість. Через це горно пройшла в Західній Європі маса найпростіших людей, що належали до різних віросповідань.

Історично першим (пріоритетним та базисним) з усіх прав людини є *свобода совісті* з такими прямими й очевидними її експлікаціями, як свобода слова, проповіді, друку, зборів. Таким є початковий зміст *народного лібералізму*, який сформувався задовго до того, як виникли політичні рухи, що іменують себе ліберальними.

Боротьба за вільне розпорядження своїми силами і здібностями (комплекс «права на життя») і своїм майном (комплекс «права на власність») розгорталася у країнах Заходу на базі боротьби за віротерпимість. Цим пояснюється генетична системність прав людини, чітко зафіксована, наприклад, у першому локківському трактаті про державне правління. Саме від свободи совісті як божественної правочинності кожного віруючого всі інші суб'єктивні права запозичують статус «священних», «природжених» і «невідчужуваних».

Можна висловитися й так: у новоевропейській політико-юридичній практиці *гуманітарно-правовий лібералізм* і історично, і логічно передував лібералізму *політичному* (зосередженому на проблематиці конституціоналізму та народного представництва), тим більше — лібералізму економічному (який ставив на чільне місце турботу про обмеження державного втручання в господарське життя). Адекватне філософське вираження цей примат і пріоритет знайшли лише у Канта і кантіанців, у системі етичного визнання права, яке будувалося на противагу пізньопросвітницькому праворозумінню.

Важливо відзначити, що паралельно визнанню священності базисних прав в європейській культурі XVI–XVII ст. затверджувався *тверезо-профанічний погляд на державу*¹.

Право (як і моральність) — від Бога, держава (вкупі з її законами, або так званім «позитивним правом») — від людини. Держава не має ніякої початкової моральної гідності і, за суворим рахунком, набуває її лише тією мірою, якою робиться правовою. «Природне право» — етичний критерій «позитивного права».

Інтерпретація базисних суб'єктивних прав, яку здійснює пізнє Просвітництво (наприклад, Гельвецій і фізіократи у Франції) або так званий «утилітарний лібералізм» (Бентам), — достатньо пізнє для Західної Європи теоретико-ідеологічне утворення. Ця *вторинна раціоналізація* народного лібералізму XVI–XVII ст. дедалі відвертіше пристосовувалася спершу до адміністративно-урядових, а потім — до буржуазних економічних інтересів. Залишаючи осторонь завдання прояснення *безумовної значущості* прав людини, теоретики «розумного егоїзму», фізіократи і фрітредери концентрують увагу на їх *бажаності й вигідності* (для процвітання держави, поповнення скарбниці, розвитку промисловості, забезпечення «найбільшого щастя найбільшій кількості людей» і т. д.). Права людини втягаються в контекст утилітарних виправдань, вельми і вельми сумнівних у нормологічному відношенні. Тема економічної незалежності (приватної власності) як умови національного багатства починає домінувати над усіма іншими правовими проблемами і затемнює їх вихідний сенс. Гуманітарні

¹ Вирішальне значення для його утвердження мали макіавеллізм, ранні маніфести Лютера і концепція Гоббса.

права замикаються на образі «економічної людини» і її ринкової свободи. У результаті справа обертається тим, що вже у 20-х рр. XIX ст. концепція прав людини і громадянина робиться легкою здобиччю юридико-позитивістської, консервативно-романтичної і, нарешті, соціалістичної критики.

* * *

Росія не знала реформації і боротьби за віротерпимість. Первинна для Західної Європи правова проблема — гарантія незалежного судження ніколи не була тут народною проблемою (вона і сьогодні часто розглядається як питання, цікаве лише інтелігенції).

Лібералізм, який з'явився у нас лише в останній чверті XVIII ст. і, природно, в навколоурядових верхах, був від самого початку замкнений на питанні державного улаштування та посилюючого оздоровлення господарського життя. Тема громадянських свобод (за дуже рідкісними винятками) обговорювалася рівно тією мірою, якою відповідала цьому кругозору дбайливих слуг государевих. Країна, самоідентифікація якої здавна базувалася на поняттях «духовності та моральності», виявляла граничний матеріалізм і утилітаризм у відповіді на запитання — «навіщо потрібні права особистості?».

Це наклало відбиток на всю російську рецепцію прав людини. До 80-х рр. XIX ст. жоден із російських мислителів не намагався поглянути на них як на юридичне розгортання християнської етики (відповідно Реформація, епоха боротьби за віротерпимість і навіть розвиток американського конституціоналізму залишалися поза увагою вітчизняних апологетів «природного права»). Гріх мавпування, епігонства, інтересу до вершків, а не до коріння новоєвропейських інститутів і практик, можливо, ніде не позначився так сильно, як у ліберально-західницькому сприйнятті «правової ідеї». Законодавчі проекти освіченої монархії, а потім Кодекси Наполеона, що наслідували знаменитим правовим Деклараціям кінця XVIII ст. насамперед у освяченні власності, тривалий час залишалися основним матеріалом прогресистських юридичних тлумачень. Вторинна раціоналізація гуманітарних прав приймалася за споконвічне і єдино можливе вираження «західного правового начала». У 30–40-х рр. ліберальне праворозуміння піддається ще й натиску наслідувального смітоніанства, яке видавало торгово-промислово свободу за смислове ядро всіх інших громадянських свобод¹.

У результаті поняття природних прав людини міцно зростається з ідеями завбачливого державного нагляду, з установками натуралізму і егоїзму, з розхожими образами комерсанта і набувача.

Ліберальне західництво першої половини XIX ст. несе неабияку відповідальність за формування в Росії морального і морально-релігійного *правового нігілізму*. Його сповідували не тільки слов'янофіли (старші і молодші), але і Гоголь, і М. Федоров і, звичайно, Лев Толстой. Епігонська апологія давала багату поживу для того, щоб трактувати новоєвропейське право як «рафінований поліцейський кодекс», як «новий кодекс міщанства», як систему норм і інститутів, яка скасовує всі чесноти, окрім «вексельної чесноти»; як формальну рівність, що насправді забезпечує панування посередності над аристократією; нарешті, просто як нову високу риторичку егоїзму, себелюбства і безсердечного

¹ Див. нариси В. Ф. Пустарнакова у книзі «Лібералізм у Росії» [5].

чистогану, яка свідчить про «глибоку ерозію народної моральності» (А. Валіцький). Навіть мислителі, далекі від морального максималізму, схилилися до думки про те, що правопорядок західного зразка, можливо, і слід терпіти як необхідне зло, але аж ніяк не можна впускати у свій ідеал.

Не можна не визнати, що якими б чудернацькими, якими б тенденційними не були ці сентенції і ламентации, вони все ж містили в собі моральну правду. Не можна не помічати, що вони відповідали сприйняттю права, що здавна склалося в російському народі. І, нарешті, найголовніше: не можна не бачити, що швидкий підйом у 40–50-х рр. морально мотивованого правового нігілізму свідчив про повну непридатність пізньопросвітницьких (гельвеціанських, руссоїстських, бентаміанських і смітівських) роз'яснень цінності права *всередині російської культури*. Якщо її представника і можна було привести до визнання цієї цінності, то тільки за допомогою якихось принципово інших філософських доводів.

Перша заслуга Соловйова полягала в тому, що він вже до початку 80-х рр. зумів ці доводи знайти (або, принаймні, вгадати).

Ніякої поваги до російського правового нігілізму філософ не плекав. Деяких його представників він позначив вельми образливими літературними наклепами і першим впустив у серйозну наукову публіцистику пустотливий і сумний пасквіль поета Алмазова:

*По причинам историческим
Мы совсем не снабжены
Здравым чувством юридическим,
Сим исчадьем сатаны.
Широки натуры русские,
Нашей правды идеал
Не влезает в формы узкие
Юридических начал.*

Водночас саме через «причини історичні» Соловйов ніколи не використовував проти правового нігілізму поширених аргументів здорового глузду. Він добре зрозумів, що вкоренити довіру до права в російській культурі по силі лише тому, кому вдалося б переспорити (а ще краще — переконати) вітчизняного правового нігіліста з позицій *моральності* і при максимальній увазі до *моральності християнської*. Він викликав російських правонегаторів на чесний диспут перед обличчям євангельських текстів.

Нічого подібного не робив жоден із ліберальних теоретиків права. Правовий нігілізм представлявся їм просто морально прогресивним виразом невігластва і скасовувався, на жаль, лише на папері за допомогою нових витончень «розумного егоїзму». Основна парадигматика пізньопросвітницького праворозуміння не зазнала жодних суттєвих змін (незважаючи на запізнілі кантіанські і гегельянські ідеалістичні щеплення).

* * *

Міркування пореформених лібералів про природні права особистості дуже часто були схожі на заздравні оди. Однак моральна енергія безумовного в них повністю була відсутня. Священний характер прав і свобод урочисто визнавав-

ся, але надання цих прав ніколи не ставилося державі у священний, а це означає — понадчасовий, а це означає — *сьогоденний* обов'язок. Яка частка невід'ємної свободи може бути відпущена громадянам, за які її форми їм дозволено боротися з ідеалістичною самовідданістю, вирішувалося за етатистськими критеріями. Відповідно в петиціях, рекомендаціях, громадянських проповідях, які ліберали адресували уряду, правові вимоги завжди перекладалися мовою державної вигоди або, якщо висловитися словами Канта, пред'являлися владі як гіпотетичні імперативи, які мають на увазі таку саму усвідомлювану державну доцільність.

Це лукавство пореформеного лібералізму виразно подано в роботах Б. М. Чичеріна, майбутнього жовчного опонента Соловйова, одного з визнаних лідерів «російської державної школи права», — вченого і політика, якого Анджей Валіцький назвав «найвидатнішим лібералом ХІХ ст. на схід від Ельби».

Чичерін пред'являє себе читачеві як мислитель кантівсько-гегелівської закваски. Він спирається на строго ідеалістичну філософську антропологію — на пропозиційне уявлення про людину як про вільно-розумну істоту, яка від початку наділена духовною потребою у вдосконаленні. Широкі громадянські права належать цій істоті одразу і за поняттям — у повному обсязі, в порядку простого визнання державою її нетваринної, надприродної природи. Однак досить швидко з'ясовується, що це всього лише доктринальний і навіть ритуальний ідеалізм. На практиці все йде так, немов держава поклала всі природні права, належні людям від Бога і від природи, у свій банк, а потім виплачувала їх малими частками, згідно з *власним розрахунком власних же вигод*. У підсумку кантівський ідеалізм підминається пізнопросвітницькою парадигмою — політичними і економічними правилами освіченої монархії. Своєрідність чичерінської моделі розумної законодавчої поведінки — просто в *історичистському тлумаченні* природних прав, відкладених державою надовго.

Чичерін свято вірить у незборимий і явно благий суспільний прогрес (у «таємну силу самих речей», як він часто виражається), — вірить, що сама історія рано чи пізно примусить державу до повного правового розрахунку з його громадянами.

Можна сказати, що енергія безумовної повинності (стоїчна енергія поваги до морального закону, яку Кант поширив і на строго правові норми) перетворюється у Чичеріна в енергію уповання на ідеал. Що стосується правових рішень, прийнятих «тут і тепер», то на їхню долю залишається тверезість прагматико-історичного розрахунку. Основний імператив у політико-юридичній ідеології Чичеріна — це *сталість надії* та *своєчасність практичного вирішення*. Амбівалентність, присутня в цьому імперативі, психологічно перетікає в константний спекулятивно-історичний страх перед несвоєчасністю конкретного рішення (спеціально обмовляюся, що йдеться не про особисті якості Чичеріна, людини надзвичайно незалежної та мужньої, а про установку, яку передбачає і задає його доктрина). Пізній Чичерін (Чичерін початку ХХ ст.) трактує несвоєчасність як *запізнення* з проведенням ліберально-правових заходів. Чичерін 70-х, тим більше 60-х рр., розуміє під несвоєчасністю *передчасність*. Віддамо належне проникливості й мудрості Салтикова-Щедріна, який швидко розгледів цей концептуальний опортунізм лібералів чичерінського карбування і вклав в уста одного з героїв «Сучасної ідилії» такий рефрен: «У принципі воно так, а все ж таки треба почекати».

Концептуальному опортунізму цілком відповідає порядок нормативно-правових приматів і пріоритетів, — зворотний тому, який існував у західноєвропейській історії.

Першочерговими в ряду суб'єктивних особистих прав Чичерін вважав норми, що забезпечують господарсько-підприємницьку свободу. У відстоюванні початків *економічного лібералізму* (повноти приватного розпорядження власністю і невтручання держави в економіку) він протягом усього життя виявляв рідкісну рішучість.

На другому плані стояли правові проблеми, що належать до компетенції *політичного лібералізму* (що стосуються конституційного обмеження монархії, представницького правління, виборчої системи і цензів). У цій сфері Чичерін (до кінця ХІХ ст.) виявляв тверду реформістську помірність.

Що стосується *гуманітарних прав у вузькому сенсі слова*, то вони тулилися на задвірках чичерінської політико-юридичної ідеології. Судження Чичеріна про можливість надання гуманітарних прав, як правило, виявлялися убогими, а то й ретроградними.

У 1889 р. він примудряється майже в точності повторити Де Местра: «Вчення про невідчужувані і непорушні права людини, які держава повинна тільки охоронити, є вчення анархічне» [6, с. 301].

Про свободу віросповідань говорить так: «Держава потребує церкви і для себе самої». Тому тільки від рішення держави має залежати, «чи є дана церква єдино допущеною, або панівною, або визнаною нарівні з іншими» [6, с. 219–220].

Це найвиразніший (до нахабства виразний) приклад дозування особистих прав за потребами держави. У принципі і в глибині серця Чичерін визнає, що всі віросповідання мають бути в державі рівноправними. Однак у публічному судженні й на практиці ця безсумнівна очевидність відкладається до прищестя ідеалу. Зі святою вірою в таке прищестя (а тому з абсолютно спокійною совістю) Чичерін залишає Росію кінця ХІХ ст. при європейській премудрості кінця ХVІ — при формулі «*quiuis regio, eius est religio*» («чия влада, того й віра»).

Те саме лукаве міркування реалізується і щодо прав слова. «Багато хто уявляє, що свобода друку можлива завжди і скрізь, що вона завжди і скрізь діє плідно. Але думати так — значить триматися суто абстрактних засад ...». «Свобода думки і слова, без сумніву, становить одне з найбільш дорогоцінних надбань людства» — таким є принцип, такою є очевидність усіх розумовільних істот. Але для кумира держави, що стоїть біля входу до храму очевидностей, заготовлена опортуністична (конкретно-історична) редакція принципу. Ось вона: «Але істинна свобода думки, що приносить плід, виявляється у зрілих і обміркованих творах, що вимагають знань і праці. Такий характер мають головним чином книги. Лише ними посувається розумовий розвиток людства». Тому для Росії кінця ХІХ ст. Чичерін («найвидатніший ліберал з усіх, хто працював на схід від Ельби») з чистою совістю пропонує таке: дозволено звільнити від попередньої цензури тільки ті книжкові видавництва, які зарекомендували себе. Що стосується журналів, газет і особливо «летючих журнальних підприємств», то звільнити їх з-під цензурного нагляду означало б підтримати журналізм як знаряддя нігілізму, розваги та розумової розпусти» [6, с. 309–310].

* * *

З початку 50-х рр. ХІХ ст. в Західній Європі починаються чергова криза ліберальних умонастроїв і стрімкий розвиток юридичного позитивізму. Спочатку Чичерін підтримує його як вираз «реалістичного духу» в правовій науці. «Вступна лекція з державного права», прочитана ним у жовтні 1861, — це справжній маніфест запозиченого і необдуманого юридичного позитивізму, підхопленого як остання німецька та французька мода. На початку 70-х професор отямлюється і стривожується. Його нудить від фанфаронства і сервільного нахабства Р. Єринга, від казуїстики Дефла, від соціалістичного етатизму Лассалья. У середині вісімдесятих Чичерін близький до підозри, що Європа здуріла. Він виступає із сердитими (іноді публіцистично влучними) вченими відповідями на адресу то одного, то іншого юридичного позитивіста, але явно заплутується у власній аргументації. За ним немає по-справжньому твердого контрарного принципу.

Справді — де принципова відмінність між основним твердженням Чичеріна: у людини є природні права, але їх можна надавати лише згідно з вигодами і історичними можливостями державного організму — і основним твердженням того ж Єринга: природні права — фікція, правами у строгому сенсі слова можна і слід вважати тільки дозволи і заборони, оскільки вони відповідають меті та реально-історичній силі держави? Де грань, яка чітко розділяла б захоплене поклоніння історії, що неблаганно прагне до ідеалу, але завжди від нього віддалене, і культ актуального історичного запиту?

Можливість сходження опортуністичного ідеалізму і новомодних позитивістських концепцій незабаром виявила себе найбільш наочно.

Імперсько-православно-націоналістична доктрина, вибудована до середини 1880-х рр. зусиллями Д. Толстого, К. Побєдоносцева і М. Каткова, зуміла здійснити своєрідний вульгарний синтез поширених догматів пізнього слов'янофільства, юридичного позитивізму (що вже угніздився в російських університетах) і «російської державної школи права». У першого були запозичені соборно-солідаристське розуміння суспільства і патерналістське тлумачення влади; у другого — культ реально-історичної сили; у третьої — органіцистські уявлення про державу і дух обачної неспішності. Усе це було склеєно за лінією етатизму та введено в ідеологію авторитарної поліцейської держави.

Спирायочись на цю ідеологію, російський уряд в короткі терміни звів нанівець раніше розпочатий процес поділу влади, погасив мрію про конституцію, стиснув земське самоврядування, посилив переслідування старообрядців, довів до нахабства русифікацію Польщі, підкорив поліцейським регламентам життя міського обивателя і облутав поселення адміністративними приписами, які сприяли консервації патріархальних аграрних відносин.

Офіційні публіцисти без найменшого сорому оголошували російський народ неповнолітнім аж до паличної муштри. Революційні народники і уряд зійшлися на ідеї терору. Залишки гуманітарно-правової ліберальної риторики безжалюбно виполювалися цензурою.

Про правовий клімат, який у результаті встановився в Росії, Чичерін (від повноти свого вічно стримуваного пропозиційного ідеалізму) так говорив у 1896 р.: «Останнім часом похитнулися самі філософські підстави права. Справедливість віднесена до сфери метафізичних вигадок, право зводиться до

інтересу, моральність — до користі, правосуддя зводиться на ступінь засобу для соціального захисту» [7, с. 95]. Ще через три роки він винесе свій знаменитий остаточний вирок: «Правова наука в Росії позбулася правосвідомості». Чичерін говорить про це не просто з гіркою, але з відчаєм і зневірою.

Хто міг вийти з цієї філософсько-правової непритомності російської культури і повести за собою інших? Хто міг знову заговорити про гідність прав = свобод на живих принципових підставах, здійснити поворот від поклоніння праву сили до визнання сили права, вдихнути у природно-правовий ідеалізм єдино адекватну йому етичну енергію?

Як з'ясувалося, це було під силу лише мислителю дивному й екстраординарному, професійно непричетному до заплутаної і застійної наукової юриспруденції, далекому від просвітницького резонерства політичного лібералізму і такому, що почав заново осмислювати правову свободу з абсолютно несподіваних філософських і культурно-історичних підстав.

Таким мислителем і виявився Вл. Соловйов.

У своєму початковому філософському інтересі до права він спирався на езотеричні мотиви того самого «старого слов'янофільства», яке стояло в перших рядах морально мотивованого правового нігілізму. На мій погляд, таких мотивів було три:

1) прихований антиетатизм, який проривається, наприклад, у відомих міркуваннях І. С. Аксакова про російський народ як про народ, який не любить «государствовать»;

2) розуміння церкви, а не держави як правомочного верховного керівника народного життя;

3) орієнтація на тип солідарності, характерний не для мирської (наприклад, селянської), а для церковної громади — на соборність, яка передбачає абсолютну добровільність сердечного єднання, а значить вихідну персональну свободу, хоча б і таку, що миттєво зникає в актах самовідречення і самовіддачі.

Але перейти від цих передумов до проблематики правової свободи і правового порядку можна було лише за допомогою гранично складного уявного зусилля. Для його здійснення був потрібний не тільки діалектично рухливий розум, а й також особлива доля і особливий життєвий досвід, в якому духовна свобода прямо відчувала б себе як свобода громадянська. Соловйову було дано таку долю і такий досвід. Я маю на увазі *підцензурне існування гранично незалежного, філософськи вільного християнського релігійного мислителя*.

Як розгорталася відповідна цій долі думка про право, найкраще видно з публіцистичних творів Соловйова, особливо тих, які написані між 1880 і 1896 р., тобто між першою експозицією філософсько-правової концепції Соловйова в XV–XX главах «Критики абстрактних начал» і виходом у світ його основного і зрілого філософсько-правового твору — книжечки «Право і моральність», прикладеної до «Виправдання добра», а потім включеної до складу цієї роботи.

* * *

В. С. Соловйов — перший із видатних діячів російської культури, який ідеальним чином відповідає поняттю *дисидента-правозахисника*.

Дисидентська доля Соловйова починається 28 лютого 1881 р. У промові, виголошеній того дня у залі Петербурзького кредитного товариства, він доводить, що молодий цар в ім'я християнської правди повинен помилувати вбивць

свого батька (хочу підкреслити, що за типом аргументації це була не тільки гуманна — як у Льва Толстого — а ще й досить продумана морально-правова акція).

У квітні Міністерство вищої освіти задовольняє його прохання про відставку. До 1883 р. Соловйов стає маргіналом, людиною без певних занять, який втратив багато старих друзів і не придбав нових. Відлучений від університетської кафедри (як пізніше з'ясується — довічно), він звалює на себе тяжкий хрест журналістики та публічного лекторства. Будучи автором, благонадійність якого поставлена під сумнів, він позбавляє від себе офіційні та напівофіційні слов'янофільські видання. Протягом шістнадцяти років його основним публіцистичним тереном буде простір опозиційного і західницького «Вісника Європи». Однак і цей вольєр незабаром не зможе вмістити вільної продуктивної уяви Соловйова і його радикалізованої критичної думки. До середини 80-х рр. вона заходить у занадто явну суперечність із допусками православної синодальної цензури. Соловйов опиняється перед невичерпною проблемою російського дисидентства — перед питанням про допустимість публікації своїх творів на Заході. У 1888 р. у Парижі, французькою мовою, виходять роботи «Російська ідея» та «Росія і всесвітня церква», які містять його заповітний світоустрійний проект. Майже того ж часу в цензурні перепони впирається і усна публіцистика. У жовтні 1891 р. після зачитування лекції «Про занепад середньовічного світогляду» Соловйову було офіційно відмовлено у праві виступу з публічними лекціями. Протягом декількох місяців його становище нагадує становище Чаадаєва після публікації ним першого філософського листа. Для офіційно-урядових верхів Соловйов стає ізгоєм, обидві столиці сумніваються в його розумовій повноцінності, а дехто подекує про доцільність його ув'язнення в Соловки.

У гіркому дисидентському досвіді Соловйова формуються особлива здатність, особливий орган враження і судження, який можна назвати правовою совістю. Йдеться про повсякденну чуйність до безправ'я, про здатність реагувати на обмеження чужого права з тією ж безпосередністю і невідкладністю, з якою люди зазвичай реагують на чужі муку і біль. Йдеться і про борг особливого роду — про обов'язок неодмінно використовувати своє право (те право, яке з очевидністю осягається нами як природжене і природне) завжди, коли мова йде про вимоги віри, переконання і усвідомленого покликання.

Правова совість — екзистенціальне втілення тієї єдності моральності й права, яке Соловйов відстоюватиме теоретично. І багато висловів, що перетворилися потім у особливі прикмети його філософії права (ну, скажімо, «справедливість як мінімум співчуття»), по суті кажучи, являють собою понятійні експлікації — нехай не цілком коректні зі строго етичної точки зору — його *правосвідомих переживань*.

У роздумі Соловйова судження правової совісті проникають у сфери, далекі від тих, що підлягають юридичній компетенції. Він вкрай уважний до таких повсякденних висловів справедливості й толерантності, як обопільна порядність і такт. Звідси його найвідоміший гіркий афоризм: «У Росії легше знайти святу людину, ніж людину чесну». Або таке невтішне для нас спостереження: «Чому це люди, які зробили собі коника з вищої якоїсь моралі, ніяк не можуть оволодіти найпростішою і необхідною чеснотою — ввічливістю» («Три розмови...»).

Нарешті, ми знаходимо ці судження на задньому плані найнесподіваніших і, здавалося б, дивних життєвих рішень.

Я вважаю, наприклад, що подія, яка відбулася 16 лютого 1896 р., — причащення у католицького священика після прочитання ним Тридентського Символу віри може бути правильно зрозуміле саме як акт правової совісті, що реалізовуватиме до кінця визрілу щирі переконаність у тому, що поділ західного і східного християнства був історичною помилкою, яка не може мати ніякої легітимної сили для справжнього християнина.

Але, зрозуміло, найбезпосереднішим і суттєвим вираженням правової совісті була та активність, яку ми на мові, народженій у 70-х рр. нашого століття, іменуємо правозахисною.

Важко назвати такий випадок порушення базисних гуманітарних прав, на який Соловйов не відгукнувся б одразу, зі швидкістю служби невідкладної допомоги, і притому не пов'язуючи себе із жодним програмним політичним рухом. Протести Соловйова проти дискримінацій завжди мають характер акцентовано особистих відгуків на ситуацію. Якщо в них і є єдність, це щось не стратегічне, а інтенціональне: вони стягнуті до одного першевизначального смислового мотиву.

Правова совість Соловйова виявляє ту ж смислову структуру, яка була характерна для свідомості глибоко віруючого, морально відповідального європейця в епоху Реформації. Вона сконцентрована на проблематиці свободи переконання і оглядає всі види скоюваних у світі сваволі й безправ'я з позицій утискання християнської віри.

У ранніх творах Соловйова примус совісті — це, якщо завгодно, історико-академічна проблема. Вона концептуально пов'язується зі спокусою владолюбства, що уразила західну церкву, з папізмом як режимом, який побудував духовну владу за еталоном поваленої імперської влади. Проте з середини вісімдесятих років філософ все більше схиляється до гіркого, глибоко гнітючого його здогаду про те, що примусовість віри являє собою лихо, відоме на всьому просторі християнської єйкумени і у жодному її регіоні до кінця не зужите. У 1891 р. він наважується з усією визначеністю заявити, що «багатівікові муки людей за їхні переконання — це тяжкий гріх, загальний для всього християнського світу» [8, с. 397]. Немовби слідуючи християнській заповіді, що вимагає видалити колоду зі свого ока перш, ніж почнеш вишукувати соломинку в чужому, Соловйов із небажанням і страхом починає ретельне розслідування того, як цей загальний гріх позначився на історії та наявному стані православної церкви. «Обмеження релігійної свободи, що лишаються в нас — один із найбільших для мене сердечних болів», — сповідається він у статті «Три розмови про війну, прогрес і світ» (1890). У памфлеті «Народна біда і громадська допомога» Соловйов дає перший у вітчизняній публіцистиці нарис з історії інквізиції у східній церкві й замикає її на рішення місіонерського з'їзду в Москві, який щойно відбувся і який із цинізмом, гідним якогось Конрада Марбурзького, проголосив безсилля духовних засобів боротьби з розколом і сектантством та необхідність застосування до них світського меча.

У вивченні утисків віри в історії православ'я Соловйов усвідомлює себе продовжувачем І. С. Аксакова (не можу не зазначити, що моральна зверхність цього мислителя до західної правової ідеї нітрохи не заважала йому з вражаючою точністю фіксувати феномен порушеної правової свободи в ході критичного аналізу церковної політики Нікона або петровської синодальної реформи). Соловйов форсує цей мотив. Соціально-гуманітарна інвектива Аксакова

(«казенне православ'я») перетворюється у нього в гуманітарно-правову: «примусове православ'я». У подоланні цього стану через систему законів і заходів, що забезпечують свободу совісті й слова, наукового та богословського дослідження, асоціації та дискусії, Соловйов бачить ключове і нагальне завдання національного розвитку.

У статтях, об'єднаних під рубрикою «Національне питання в Росії», ця ідея включається в дивовижне за оригінальністю і силою філософсько-історичне міркування.

Моральний прогрес, стверджує Соловйов, відрізняється від будь-якої іншої форми поступального розвитку тим, що його виключною рушійною силою виявляється *metanoia* — оновлююче каяття в колишніх гріхах (протестантськими неоортодоксами ХХ ст. аналогічним чином визначається основний механізм вічно триваючої реформації). Іманентної присутності Бога в історії, дії в ній благого провидіння Соловйов не визнає. Разом з тим він вважає, що в сліпу динаміку історії вмонтовано свого роду морально-екзекутивний механізм, а саме — неодмінну розплату за нерозкаяний гріх. Момент цей особливо значущий у здійсненні історії національної, де народ усвідомлює і будує себе як морально-повноцінну особистість. Тому в міркування про національну своєрідність і покликання неодмінно повинен входити концепт нерозкаяного гріха, що затемнюється національним егоїзмом, зарозумілістю і гординою.

Що це означає для умов пореформеної Росії?

У чудовій передмові до другого видання «Національного питання в Росії», написаного в 1889 р., Соловйов так відповідає на це питання: «Одне тільки ми знаємо напевно: якщо Росія не виконає свого морального обов'язку, якщо вона не зречеться національного егоїзму, якщо вона не відмовиться від права сили і не повірить у силу права, якщо вона не забажає щиро і міцно духовної свободи та правди — вона ніколи не зможе мати міцного успіху у жодних своїх справах — ні зовнішніх, ні внутрішніх» [8, с. 263].

Давайте обміркуємо цей пристрасний десятирядковий маніфест, написаний, як кажуть, одним духом, без всякої турботи про дискурсивність тексту.

У ньому чотири важливі тези.

1. Великий і застарілий гріх Росії — це безправ'я, поєднане з благоговінням перед правом сили.

2. Каяття в цьому гріху та затвердження протилежної установки, а саме — віри в силу самого права являти собою умову можливості морального і всякого іншого прогресу «міцного успіху в справах внутрішніх та зовнішніх».

3. Передумовою для такої зміни думки є утвердження у країні духовної свободи або, як Соловйов висловлюється двома сторінками раніше, — «необмеженої свободи погляду і думки».

4. Забезпечення цієї свободи є рід морального обов'язку, тобто вимога, яку слід виконувати не оглядаючись на обставини й розрахунок реальних можливостей — за формулою «роби що належить, і нехай буде що буде», або — у християнському виразі: «роби що належить і покладися на благодать Божу».

У публіцистичних роботах 1880–90-х рр. усі ці тези отримують докладне морально-історичне роз'яснення. Неодноразово, у різних контекстах, Соловйов проводить таку думку — ганьба Кримської війни була історичною карою за гріх безправ'я, за штучно довге збереження кріпацтва. Росія розкаялася в цьому гріху в акті визволення селян. Однак її чекають нові ганебні невдачі, якщо вона

не зробить наступного кроку і не покінчить із державно-підопічним становищем церкви і з усіма іншими формами примусу віри і думки.

До теми ганебних невдач, які спіткають Росію як кара за гріх безправ'я, приєднується тема сумнівності шляхетних прогресистських починань, які цей гріх наполегливо супроводжують. Із граничною виразністю вона наведена у листі до кн. Є. Г. Волконської, де Соловйов висловив своє ставлення до проекту поступового загального роззброєння, висунутого урядом Миколи II у серпні 1898 р. «Я абсолютно не можу, — писав він, — поділяти Ваших почуттів щодо витівки 12 серпня... Одночасно з циркуляром 12 серпня відбулися дві інші урядові дії: вирішено примусове обрусіння Фінляндії і видані синодські правила, якими 400 000 російських уніатів, які заявляють себе католиками, остаточно оголошені православними на підставі адміністративного розпорядження 1875 р. Погодьтеся, княгиня, що ці два заходи кидають абсолютно особливе світло на одночасну з ними миротворчу витівку <...> Адже це все одно, як якби хто-небудь придушив власних дітей, а потім оголосив у газетах, що він бажає рятувати Всесвіт» [8, с. 319–320].

Не менш рішуче Соловйов висловлюється про фарисейський характер державної могутності, величі і слави, якщо вони не підкріплюються турботою про забезпечення громадянських прав.

Якщо залишити осторонь релігійного анархіста Льва Толстого, то можна сказати, що Соловйов — єдиний видатний мислитель кінця XIX ст., який є абсолютно вільним від сакрального етатизму. Визнаючи, що держава як батьківщина є об'єктом патріотичної любові, і що любов ця не може не набувати характеру жертвовного служіння в ситуаціях, які підпадають під формулу «вітчизна в небезпеці», Соловйов одночасно все більш твердо наполягає на тому, що справжньої поваги, яка передбачає етичну самовідданість, заслуговує тільки держава, в якій шанується свобода. Його розрізнені висловлювання щодо цього можуть бути резюмовані за допомогою відомого девізу Бенжамена Константа: «Держава лише тією мірою гідна бути святинею, якою вона є правовою».

Показово, далі, що в публікаціях 1890-х рр. все ясніше заявляє про себе впевненість у тому, що вимога свободи совісті й слова, укупі з усіма передбачуваними нею експлікаціями (тобто свободою друку, свободою зібрань, свободою виходу з будь-якого громадського союзу, свободою переміщення, свободою від поліцейського нагляду над листуванням і приватним життям), повинна розумітися як вимога *етично непорушна*. Подібно до найпростіших моральних заповідей типу не вбий, не бреш, не зраджуй, не кради, вона є своєчасною завжди, за будь-яких історичних умов — вона *вічно своєчасна*. Спроби рецептувати його відповідно до потреб прогресу і відстрочити з міркувань економічної чи соціальної нерозвиненості, політичної незрілості народу чи успадкованої своєрідності існуючої форми правління видаються йому наскрізь софістичними. Виразний приклад такої софістики філософ бачить у розхожому сенсі ліберального народництва: вимагати прав совісті, слова і друку для нації, переважна частина якої страждає від гострої матеріальної потреби, значить по-панськи розуміти громадянські права. Міркувати так, заперечує Соловйов, можуть лише сноби особливого роду, які забули зовсім небагато — що народ вірує і болісно шукає істини. «Людина сидить у задушливому приміщенні, їй потрібен ковток свіжого повітря, а ми говоримо тільки про те, як би її нагодувати» [8, с. 100]. Недивно, що одну з найбільш яскравих статей на захист свободи совісті Вл. Соловйов, який

завжди вирізнявся різкою стійкістю перед обличчям конформізму, публікує в рік чергового великого голоду (1891). У релігійній нетерпимості й гоніннях він вбачає одну з головних перешкод до морального згуртування перед обличчям грізної біди.

Голод 1891 р. уразив Соловйова. Він підірвав у ньому довіру до монархії і довіру до інституту громадської благодійності. Саме з роздумів над кричущою народною злиденністю початку 1890-х рр. зростає відома гуманітарно-правова ініціатива Соловйова: ідея законодавчого (а за його теорією це означає і примусового) забезпечення *мінімальних умов гідного існування*. Проблематична у своєму буквальному (аподиктичному) вираженні, вона стала витоків всієї роботи над осмисленням *соціальних прав* у російському лібералізмі початку ХХ ст.

Разом з тим гостра потреба народу не примусила Соловйова відмовитися від сповідування ним порядку нормативних переваг («приматів і пріоритетів») і з російською інтелігентською сором'язливістю заявити: спочатку мінімальне матеріальне забезпечення народу за правом його потреб, а вже потім, у міру вирішення цього завдання, надання народу прав совісті, слова, друку, зборів і особистої недоторканності. У такій зміні порядку переваг Соловйов починаючи з 1880 р. і до останніх років життя бачив головну демагогічну брехню і небезпеку соціалізму.

Що стосується форми правління і своєрідності успадкованого політичного режиму, то про це Соловйов вже в 1887 р. казав так: «При всякому політичному ладі, при республіці, при обмеженій монархії і за самодержавства, держава може і повинна задовольняти всередині своїх меж вимоги національної, громадянської і релігійної свободи...» [9, с. 210–211].

Усвідомлення вічної своєчасності гуманітарних прав можна розглядати як ту фундаментальну налаштованість, той екзистенціал правосвідомості, який визначив проблемний проект філософсько-правового вчення Соловйова.

Якщо гуманітарно-правові вимоги так само будуть правдою для держави, як елементарні моральні заповіді для особистості, то чи не логічно припустити, що моральність і право мають ту саму «нормативну матерію», що обидва вони належать єдиній, надутилітарній царині етичного, не можуть суперечити одне одному і десь (нехай по мінімуму) прямо один з одним збігаються.

З'ясуванню цього питання і присвячений кваліфікований філософсько-правовий роздум Соловйова.

Перш ніж перейти до його викладу, я хотів би зафіксувати одну обставину, якої до того торкався лише між іншим. «Пусковим механізмом» усіх міркувань Соловйова про право і державу була його ідея вселенської (всехристиянської) вільної теократії.

У мене немає часу для будь-якого (хай найкоротшого) обговорення цієї ідеї (та я й не хотів би мимохідь займатися настільки емною і складною темою). Утім про один з її виразів я все-таки не можу не поговорити.

У деяких своїх творах Соловйов визначає справу вільної теократії як *реформацію*. Він називає її *позитивною* реформацією, маючи на увазі, що на відміну від західноєвропейської, лютеровської, яка привела до нового поділу християнських церков, вона спрямована на їх непримусове, але міцне об'єднання.

Дивно те, що Вл. Соловйов, який усвідомить себе зачинателем і пророком позитивної реформації, протягом двадцяти років повторює той шлях, який

західна правосвідомість виконала за два з половиною століття: від початку «негативною реформації» до появи етично обґрунтованих теорій права і правової держави. Соловйов рухається цим шляхом, не будучи заангажованим в сучасне йому правознавство (ліберально-прогресистське або історико-позитивістське). Він має не меншу богословську кваліфікацію, ніж перші західні провісники «нового природного права», і трактує політико-юридичні сюжети, вміло спираючись на західну і східну святоотечеську традицію. У спробі вільного філософствування, в ізоляції своєї унікальності й дивацтва, він *добирає* (наново ненаслідувально відтворює) той початковий досвід християнського усвідомлення права, який на Заході давався зусиллями цілих рухів, зусиллями народного лібералізму XVI–XVII ст. та якого не мав за собою наслідувальний політичний лібералізм, що вперше з'явився в Росії останньої третини XVIII ст. (дворянський *протолібералізм*, як правильно визначає його В. Ф. Пустарнаков).

Проблемне поле, всередині якого Соловйов уперше говорить про свободу совісті й слова, є однотипним з проблемним полем раннього Лютера (творів якого філософ не знав). Це питання про примусову віру і про відповідальність церкви, яка примушує.

Далі Соловйов, який рухається згідно зі своїми ейкуменічними настроями та інтересами, немовби потрапляє в епоху релігійних війн. Він з усією гостротою переживає проблематику замирення церков, грішить ідеями «природної релігії» (свого роду міжконфесійного есперанто XVI–XVII ст.) і заново обґрунтовує для себе — але тим самим і для читаючої Росії — поняття *толерантності*. Вражає збіг способу міркування, яким Соловйов користується в роботі «З питань культури» (1893), зі способом міркування, який Кастелліон використовував у полеміці з Кальвіном (про твори цього чудового мислителя — «апостола віротерпимості» (С. Цвейг) — Соловйов, як це видно з тексту, знову-таки якщо і знав, то хіба що з чуток). Далі жорстока логіка публічної полеміки, яка, треба сказати, із самого початку рухала Соловйова туди, куди йти було боляче і небажано, задає йому центральну проблему Мільтона і Локка. У 1895–1896 рр. він формулює своє розуміння *відділення церкви від держави* як нагальної вимоги *християнської культури*. Визнання такої вимоги було рівносильно відмові від ідеї теократії в будь-якому, як завгодно парадоксальному її варіанті. Ось саме у цій драматичній ситуації, через болісне усвідомлення краху всього задуму «позитивної реформації», Соловйов приходить до завдання, яке в Західній Європі виросло з болісного опрацювання сукупної проблематики гуманітарного права в горнілі «негативної реформації». Йдеться про етичне визнання строго правової норми і правової держави.

Те, що вирішальна роль в усвідомленні та вирішенні цього завдання належала Канту, не могло бути новиною для Соловйова. Твори цього філософа, що мислив у масштабі не просто своєї країни і свого століття, але в масштабі загальноєвропейської ренесансно-реформаційної епохи, Соловйов знав давно і ґрунтовно. І все-таки роки роботи над власною філософсько-правовою теорією стали для нього часом *нового відкриття Канта* й істотного перегляду свого колишнього ставлення до цього мислителя.

У 1990 р. у «Питаннях філософії» вийшла стаття А. В. Ахутіна «Софія і біс: (Кант перед обличчям російської релігійної філософії)», яку я вважаю однією з найзначніших філософських публікацій останнього десятиліття. Автор показує, що найкращі і найталановитіші представники російської філософії відчують

свого роду ідіосинкразію у ставленні до Канта. Далеко не всі опускалися до інвектив, що вийшли з-під пера П. Флоренського або А. Білого («стовп злоби богопротівня», «великий лукавець», «нетопир» і «павук»), але майже всі дотримувалися презумпції метафізичної винності. У всій побудові кантівської філософії і в кожному її розділі бачили фатальну недобудованість, двозначність і скупчення суперечностей, спеціально залишених на наше вітчизняне вирішення. Кожен вважав себе не лише таким, що має право, а й зобов'язаним обійтися з Кантом згідно з відомим влучним визначенням (на жаль, не нашим, не вітчизняним) — «мыслитель трьох четвертей головы» (Й. Г. Фіхте).

Щедру данину цієї презумпції виплатив і В. С. Соловйов, починаючи з «Кризиса західної філософії». Але в 1895 р., у період напруженого продумування морально-правової проблематики, в статті «Кант», підготовленій для енциклопедичного словника Брокгауза, він визнає, що теорія категоричного імперативу — це вічний і беззаперечний («кінцевий») філософський здобуток.

Тільки ця унікальна, болісна, діалектично парадоксальна еволюція дозволяє зрозуміти, як і чому в духовно підмороженій Росії кінця ХІХ ст. з-під пера вчорашнього слов'янофіла, що ні в якому сенсі не примкнув до політичного лібералізму, вийшла еталонно-ліберальна філософія права, основний зміст якої може бути резюмований у таких положеннях:

1. «Право залежить від моральності і не може бути відокремлене від неї» [8, с. 108]. Це глибоко відмінні форми регулювання людської поведінки, але між ними «є позитивне і тісне внутрішнє ставлення, яке не дозволяє заперечувати одну з них на користь іншої» [8, с. 447].

2. І моральність, і право в їх вищому розвитку визнають, що людська особистість є «можливістю для здійснення необмеженої дійсності» [8, с. 337]¹. Це суб'єкт вільного усвідомлення свого вищого призначення, в остаточному підсумку такого, що виходить зовсім не від держави, нації чи суспільства, а від Бога (у формально-етичному лексиконі Канта — «мета сама по собі»: вираз строго аналогічний поняттю «річ сама по собі», до останнього часу неправильно перекладалася російською мовою як «річ у собі»). І моральність, і право категорично забороняють поводження з людиною «тільки як із засобом».

3. Право (точніше було б сказати — *правосвідомість*) є «нижча межа або певний мінімум моральності» [8, с. 448].

4. Право (чинне право) є «примусовою вимогою реалізації певного мінімального добра, або порядку, що не допускає відомих проявів зла» [8, с. 450].

5. Держава насамперед має бути «втіленням права», об'єктивним влаштуванням права» (зауважу: формулювання, абсолютно прийнятне для лібералів «російської державної школи права»).

6. Першопочатком у влаштуванні та діяльності правової держави є категорична відмова від ідеократії, від контролю над думками і примусового втручання у внутрішні духовні мотиви людських дій. Найбільш загальною і найважливішою з «вічних меж», які «виходять із самої сутності моральності й права, — пише Соловйов — має бути визнана та, яка обмежує примусову дію збірних (собирабельных) організацій (вражаючий термін: Соловйов немовби заглядає в

¹ Можна погодитися з Є. М. Трубецьким, який таким чином інтерпретував цю формулу: «За Соловйовим, у божественному порядку кожна людина є певне індивідуально-визначене вираження усього; інакше кажучи, вона є окрема божественна ідея» [3, с.181]. Особистість покликає до здійснення цієї ідеї.

епоху партократії! — Е. С.) однією лише сферою реально-предметного <...> залишаючи все інше, тобто весь внутрішній, або духовний, світ людини на повну відповідальність окремих осіб та вільних (непримусових) спільнот» [8, с. 450].

7. Правова держава лише тоді піднімається до повної відповідності своєму поняттю, коли доводить принцип поваги до гідності людської особи (поняття, яке має кантівські витоки) до визнання того, що кожен громадянин має право на «забезпечення мінімальних умов гідного існування» (вислів, який у скорочених формах: «право на гідне існування» або «право на мінімальний добробут» (іронічна редукція Б. М. Чичеріна) — став незабаром свого роду візитною карткою Соловйова як філософа права) [8, с. 422–423].

8. В аспекті історії, в аспекті людського прогресу право має лише анти-регресивну місію.

«Завдання права, — викарбовує мій великий однофамілець, — зовсім не в тому, щоб світ, який лежить у злі, обернувся на Царство Боже, а тільки в тому, щоб він до часу не перетворився на пекло» [8, с. 454].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Новгородцев П. И.* Об общественном идеале / П. И. Новгородцев. — М., 1991.
2. *Валицки А.* Владимир Соловьев: религиозная философия и возникновение «нового либерализма» / А. Валицки // Символ. — 1998 (Июль). — № 29.
3. *Трубецкой Е.* Мирозозерцание Вл. С. Соловьева / Е. Трубецкой. — М., 1913. — Т. 1.
4. *Соловьев С. М.* Владимир Соловьев: Жизнь и творческая эволюция / С. М. Соловьев. — М., 1997.
5. *Либерализм в России.* — М. : ИФ РАН, 1998.
6. *Чичерин Б. Н.* Собственность и государство / Б. Н. Чичерин. — М., 1883.
7. *Чичерин Б. Н.* О началах этики. Оправдание добра, нравственная философия Вл. Соловьева / Б. Н. Чичерин // Философ. науки. — 1989. — № 12.
8. *Соловьев В. С.* Сочинения : в 2 т. / В. С. Соловьев. — М., 1989. — Т. 1.
9. *Соловьев В.С.* Сочинения : в 2 т. / В. С. Соловьев. — М., 1989. — Т. 2.

Соловйов Е. Ю. Гуманітарно-правова проблематика у філософській публіцистиці В. С. Соловйова

Анотація. Стаття являє собою одне з перших пострадянських досліджень, присвячених філософсько-правовим поглядам В. С. Соловйова.

Автор привертає увагу до знаменного парадоксу: ініціатива філософського освоєння західноєвропейських ліберальних цінностей (ідеї прав людини і правової держави) виходила в Росії не від політичних лібералів і західників, а від недавнього слов'янофіла. Громадянська позиція В. С. Соловйова — це позиція дисидента-правозахисника, споріднена тій боротьбі за свободу совісті у широкому розумінні, яку в Західній Європі XVI–XVII ст. вели видатні діячі релігійної Реформації. Систематичне осмислення прав людини у його творах є не що інше, як юридичне розгортання християнської етики.

Звертаючись до основного етичного тексту пізнього Соловйова — «Виправдання добра», автор акцентує на темі морального обґрунтування права і трактування його як цивілізаційного «етичного мінімуму». У статті показано, що філософія права В. С. Соловйова утворює єдине ціле з його оригінальним філософським розумінням національної самосвідомості. Неодмінними компонентами останньої видатний російський мислитель вважав самокритику та історичне каяття, а найтяжчий із «гріхів Росії» вбачав у дефіциті праворозуміння.

Ключові слова: права людини, моральне обґрунтування права, Реформація і Просвітництво, слов'янофіли і західники, неолібералізм «срібного віку», національний егоїзм, національне самолюбівання, правовий нігілізм, права совість.

Соловьев Э. Ю. Гуманитарно-правовая проблематика в философской публицистике В. С. Соловьева

Аннотация. Статья представляет собой одно из первых постсоветских исследований, посвященных философско-правовым воззрениям В. С. Соловьева.

Автор привлекает внимание к знаменательному парадоксу: инициатива философского освоения западноевропейских либеральных ценностей (идеи прав человека и правового государства) исходила в России не от политических либералов и западников, а от недавнего славянофила. Гражданская позиция В. С. Соловьева — это позиция диссидента-правозащитника, родственная той борьбе за широко понимаемую свободу совести, которую в Западной Европе XVI–XVII вв. вели выдающиеся деятели религиозной Реформации. Систематическое осмысление прав человека в его сочинениях есть не что иное, как юридическое развертывание христианской этики.

Обращаясь к основному этическому тексту позднего Соловьева — «Оправданию добра», автор акцентирует тему нравственного обоснования права и трактовки его как цивилизационного «этического минимума». В статье показано, что философия права В. С. Соловьева образует единое целое с его оригинальным философским пониманием национального самосознания. Непременными компонентами последнего выдающийся русский мыслитель считал самокритику и историческое раскаяние, а самый тяжкий из «грехов России» усматривал в дефиците правопонимания.

Ключевые слова: права человека, нравственное обоснование права, Реформація і Просвітництво, славянофіли і західники, неолібералізм «серебряного века», національний егоїзм, національне самолюбівання, правовий нігілізм, права совість.

Soloviev E. The Human Rights Problematic in V. Soloviev's Philosophical Journalism

Summary. The article is one of the first post-Soviet studies of the V. Soloviev's views in legal philosophy.

The author draws attention to the remarkable paradox: an initiative of the philosophical implementation of Western liberal values (the idea of human rights and the rule of law), wasn't originated in Russia from political liberals and Westerners, but from the recent Slavophil. Civil position of V. Soloviev is a position of dissident and human rights activist, kindred to the struggle for widely understood freedom of conscience waged in Western Europe in XVI–XVII centuries by prominent activists of religious Reformation. The systematic understanding of human rights in his writings is in fact legal deployment of Christian ethics.

Turning to the basic ethical text among later works of V. Soloviev — «Justification of the Good», the author emphasizes the theme of the moral justification of law and its interpretation as a civilizational «ethical minimum». The article shows that the V. Soloviev's philosophy of law integrally formed with his original philosophical understanding of national identity. Indispensable component of the last outstanding Russian thinker believed self-criticism and historical remorse, and the most grievous of the «sins of Russia» he saw in a deficit of understanding of law.

Key words: human rights, moral justification of law, the Reformation and the Enlightenment, the Slavophiles and Westernizers, neoliberalism of «Silver Age», national egoism, national narcissism, legal nihilism, legal conscience.

АНДРІЮ ПОЛЯКОВУ — 60 РОКІВ

Від наукової ради і редакційної колегії.

Андрій Васильович Поляков — доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету Санкт-Петербурзького державного університету. Він є автором комунікативної теорії права — найбільш розробленого на сьогодні варіанта інтегрального праворозуміння, що виходить із визнання багатоаспектності права і поряд з тим його єдності, яка може бути адекватно пізнана лише на основі використання сучасної наукової методології.

А. Поляков — автор понад 150 наукових праць, які отримали і отримують високу оцінку наукового співтовариства, а його центральна праця — «Загальна теорія права. Феноменолого-комунікативний підхід» (СПб., 2003) була удостоєна премії СПбДУ «За наукові праці» першого ступеня (2004).

Він є головним редактором двох провідних періодичних видань — «Російського щорічника теорії права» (з 2008 р.) і науково-теоретичного журналу «Правознавство» (з 2011 р.). А. Поляков — член наукової ради журналу «Філософія права і загальна теорія права», в якому ним опубліковано дві статті: «Сучасний дискурс із проблем юридичної науки на сторінках “Російського щорічника теорії права”» (1/2012) і «Верховенство права, глобалізація та проблеми модернізації філософії та теорії права» (2/2013). Він є одним із ініціаторів та авторів монографії «Некласична філософія права: питання та відповіді» (Харків, 2013), яку можна вважати «маніфестом» некласичного (посткласичного) праворозуміння.

12 грудня 2014 року Андрію Васильовичу Полякову виповнилося 60 років. Наукова рада і редакційна колегія журналу «Філософія права і загальна теорія права» поздоровляє видатного філософа і теоретика права з ювілеєм, бажає йому здоров'я, благополуччя, нових творчих досягнень і сподівається на подальшу співпрацю.



ФЕНОМЕНОЛОГО-КОМУНІКАТИВНИЙ ПІДХІД А. В. ПОЛЯКОВА: ПРАВО «ПО ТОЙ БІК» КЛАСИЧНОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ

О. СТОВБА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної
і практичної філософії
(Харківський національний університет
імені В. Н. Каразіна)*



Сучасний російський філософ права зі Санкт-Петербурга Андрій Васильович Поляков є автором однієї з найбільш глибоких і фундаментальних концепцій права на пострадянському просторі. Характерною рисою обраного російським правознавцем варіанта осмислення права є поєднання комунікативних та феноменологічних складових. Уперше про системний виклад феноменолого-комунікативного підходу до права стало можливим казати після захисту пітерським ученим у 2002 р. докторської дисертації [1], результати якої за рік по тому були викладені у відповідній монографії [2].

Як впливає вже із самих назв відповідних праць, А. Поляков розуміє під правом динамічний, мінливий і рухливий феномен. За його словами, право являє собою не абстрактну метафізичну ідею, не апіорну цінність, не символічно-текстуальний (знаковий) припис, за яким стоїть чиясь «воля», а «живе» (цілісне, таке, що розвивається), соціальне явище [3, с. 12]. Слід зазначити, що подібне осмислення права неминуче призводить до здолання дихотомії позитивізму/юснатуралізму, де право розуміється як статичний предмет. Адже, як зазначає А. Поляков, як у природно-правовому, так і в позитивістському підході право постає як феномен, який не має внутрішнього, антропологічного джерела саморозвитку, руху і виступає «мертвим», абстрактним, «зовнішнім» для суб'єкта, певною апіорною даністю чи знаковим комплексом, відірваним від людини або її життєвого світу [3, с. 11]. Отже, можна зробити висновок, що філософсько-правове мислення А. Полякова характеризується переходом від «мертвого», «абстрактного», «статичного» права, відіраного від своїх онтологічних коренів, до права «живого», «динамічного», «конкретно існуючого». Це право не являє собою окремого, ізольованого правового суцього (норми, ідеї), але саме по собі це постійний рух, перехід. Цю динамічність, рухливість права російський правознавець і закріплює за допомогою терміна «правова комунікація».

Однак перш ніж перейти до змістовного визначення права, необхідно відмежувати його від інших, суміжних явищ. Адже комунікація може бути і моральною, і політичною, і економічною тощо. Що ж відрізняє правову комуні-

кацію від інших її різновидів? Як вважає А. Поляков, право, як практична система дій, засноване на взаєморозумінні, без якого неможливо саме існування права. Права немає там, де відсутня взаємовіднесена поведінка [3, с. 17]. Однак і така поведінка не є виключною прерогативою правової сфери. Тому, як уточнює А. Поляков, право є там, де люди переконані в тому, що воно є. А переконані вони в цьому тоді, коли право стає частиною самого життєвого світу, тобто простором правової комунікації. Хабітуалізація і інституціоналізація правових текстів, їх визнання (легітимація) — це і є той момент, який протилежний фізичній силі, протилежний насильству [3, с. 17]. Отже, правова комунікація — це не просто взаємодія між людьми в рамках юридичних інститутів. Її характерною ознакою є імплікація правових текстів, визнання яких є детермінантою правового статусу комунікації.

Разом з тим, на відміну від правових позитивістів, А. Поляков не наполягає на «абсолютному», «первісному» характері правових текстів щодо інших правових явищ. За його словами, ані правові тексти, ані правові цінності, ані суб'єктивна правосвідомість, ані індивідуальні правові вимоги як розрізнені елементи не утворюють право. Те, що їх об'єднує — це правова комунікація, що виникає як інтерсуб'єктивна реальність, сполучною ланкою якої виступають взаємодіючі суб'єкти [3, с. 18]. Окремі компоненти права, наприклад, правові тексти, самі суб'єкти, що мають правосвідомість і волю, реальна діяльність людей у соціальному часі й просторі самі по собі не становлять права як інтегрального (цілісного) явища. Тільки в результаті певної «хімічної реакції» — виникнення правової комунікації — виникає право. Право і є правова комунікація [3, с. 21]. Як можна бачити, право для А. Полякова є цілісне, динамічне явище, яке не може бути зведене до окремого правового суцього, але, навпаки, у своїй рухливості об'єднує всю безліч релевантних у правовому відношенні феноменів, надаючи їм правового статусу. Будь-яке статичне правове суще є «вторинним», «первісним» же є право в його динаміці, в комунікації (або, якщо називати все власними іменами, — в бутті. — О. С.).

Однак, як саме відбувається правова комунікація? Адже сама по собі вказівка на те, що її здійснюють взаємодіючі суб'єкти, є надто загальною, абстрактною. Тому російський правознавець уточнює, що право існує як таке, що перебуває в постійній динаміці текстуально-інформаційного і енергійно-поведінкового взаємообміну. Те, як ми розуміємо право, спори з приводу права, узгодження різних правових позицій і уявлень, боротьба за право — все це комунікативні процеси, що забезпечують життя права і його розвиток [3, с. 19]. Отже, правова комунікація розуміється в такому випадку максимально широко, включаючи в себе будь-яку взаємодію людей із приводу права, в ході якої право збувається, «стає». Специфікою подібної взаємодії є взаємне визнання суб'єктів, які здійснюють право і в ході подібного визнання конституюють правовий статус один одного. При комунікативному підході право розуміється не як абстрактний припис (воля, наказ, норма), а як феномен, який виникає лише через процедуру погодження та розуміння з «узагальненим Іншим». Це спів-погодження слід розуміти як системне узгодження, а не як особисте волевиявлення у всій його довільності. Укоріненість правового буття в Іншому і є основна передумова права [3, с. 21]. Людина є основним суб'єктом права не сама по собі, а через своє ставлення до іншої людини, тобто спочатку саме як суб'єкт правової комунікації [3, с. 40].

Таким чином, російський правознавець вважає, що право існує як процес комунікації. Під комунікацією розуміється взаємодія людей із приводу права,

яке надає правового статусу всьому тому суццюму, яке втягнуто в подібне спілкування. Як вже було зазначено, для того, щоб бути правовим, таке спілкування повинно відповідати низці умов: насамперед взаємному визнанню суб'єктів, а також визнанню правових текстів. Звідси випливає висновок, що ніяке ізольоване правове суще — ідея права, правова норма або інститут — не може бути визнане першоосною права. Як підкреслює А. Поляков, право існує як комунікативна неподільна цілісність. Саме тому слово «право» використовується і стосовно законів, і суб'єктивних прав, і ідеї справедливості. Лише аналітична діяльність свідомості розчленовує право у думці на складові частини [3, с. 42].

Парадоксальним наслідком викладеного вище є твердження А. Полякова про те, що права «як такого» не існує. Інакше кажучи, у слова «право» немає емпіричного референта [4, с. 94]. Однак парадоксальним це твердження здається лише на перший погляд. Адже очевидно, що будь-яке, «іманентно правове» суще — закон, суд, і т. ін. завжди зберігає можливість опинитися протиправним (наприклад, тиранічний закон, чи несправедливий суд). І навпаки, «зовні» легально іррелевантні феномени — наприклад, автомобіль або посуд — при певному «повороті у справах» перетворюються на правове суще — речовий доказ, предмет спору та ін. Тому одним із найважливіших наслідків комунікативної теорії права (як і інших близьких їй концепцій, що динамічно осягають право) можна назвати висновок про те, що ніяке суще не є правовим «само по собі»: його правовий статус є похідним від певного «зовнішнього» процесу (комунікації (А. Поляков), діалогу (І. Честнов), події (О. Стівба), інтерсуб'єктивної взаємодії (С. Максимов) і т. ін.) [4]. Тут очевидним чином проявляється феноменологічна компонента дослідження: адже, як ми пам'ятаємо, правова феноменологія також звертала увагу на «зовнішні» приводи для конституювання правових феноменів — соціальні акти (А. Райнах), нормативні факти (М. Алексеев) та ін. Однак треба зазначити, що А. Поляков не просто «виводить» правовий статус якогось суццюго із «зовнішньої» події, але мислить динамічно саме право: воно є правовою комунікацією, тобто безперервним процесом існування права. Феноменологічність комунікативної концепції права знаходить своє вираження ще й у тому, що А. Поляков початково поміщає право у світ значень і смислів, невіддільних від внутрішнього світу людини та її відносин з іншими людьми, яке конструюється свідомістю на основі інституціоналізованих соціальних практик [4, с. 94].

Отже, право в концепції російського правознавця виступає як породжений свідомістю сенс. Однак цей сенс не конструюється довільно, але здійснюється під час правової комунікації, опосередкованої інституціями та соціальними практиками. Це «інтенціональний» сенс, але не замкнений у сфері свідомості, а спрямований на «зовнішню» реальність, в яку таким чином «імплантується» правовий статус. І якщо в рамках цього простору правової комунікації провести феноменологічну редукцію, то ми отримуємо на виході якийсь «смісловий полюс ідентичності» права, його «щойність», яка об'єднує всю безліч правових явищ [4, с. 95]. На думку російського правознавця, подібна «щойність» дозволяє перевершити ті антиномії класичного правознавства, в яких досі оберталася правова думка — суб'єктивне/об'єктивне, матеріальне/ідеальне, суще/належне і т. ін. Така «щойність» — специфічний текстуальний сенс взаємодії між людьми, який дає змогу відрізнити право від інших соціальних явищ [4, с. 95].

Однак тут має місце певний парадокс. Оскільки право мислиться в динаміці як комунікація, яка об'єднує всю безліч правових феноменів, то і правовий сенс

не може поставати як статичне «що». Адже в такому разі він, замкнутий у свідомості свого носія (або навіть будучи інтерсуб'єктивно вкорінений у свідомості багатьох), не міг би «зшивати» різнорідне правове суще в його бутті, являючи собою виключно феномен свідомості. Тому А. Поляков як вихідний пункт бере твердження про те, що право (право як ціле, тобто динамічний сенс. — О. С.) має відношення до поведінки людини, нерозривно пов'язане з ним. Так, на відміну від природних явищ, право видозмінює поведінку особи, обмежує її, визначає її рамки, тим самим даючи кожному суб'єкту права можливість діяти, розраховуючи на досягнення певного результату [4, с. 96].

У цьому твердженні можна відзначити два цікавих моменти. По-перше, російський правознавець непомітно для себе входить у сферу темпоральності. Так, будь-який «розрахунок», про який говорить А. Поляков, припускає настання в майбутньому певних правових наслідків, викликаних діями, яке передуватиме їм у часі. Разом з тим ці наслідки можуть і не настати. Тим самим можливість буття права (у термінах А. Полякова — правової комунікації) виявляється витриманою у часовому розриві між вчиненим діями і його ймовірними правовими наслідками. Тут позиція пітерського правознавця виявляється (можна припустити, несподівано для нього самого) близькою до твердження ще одного представника динамічного праворозуміння, російського філософа права Ю. Пермякова про те, що «існувати» для права означає можливість втрати, сферу ризикованого буття [4, с. 63]. І в цьому також виявляється глибинна єдність установок усіх правознавців, що належать до динамічного праворозуміння. Однак, забігаючи вперед, слід зазначити, що А. Поляков не актуалізує часового горизонту правової комунікації, внаслідок чого втрачає можливість автентичного доступу до витoku буття права. По-друге, просте посилення на обмежуючий характер права стосовно поведінки людини все ще не дає його специфіки: адже межі для того, як поводити себе, ставлять і релігія, і мораль, і звичай (а також будь-які інші нормативні системи, починаючи від правил гри у спорті та закінчуючи професійними кодексами поведінки). Не змінює сказаного і вказівка А. Полякова на те, що правові відносини зав'язані на можливості вільного вибору суб'єктів та їх взаємній відповідальності (відповідати за щось і значить перебувати в комунікації) [4, с. 96], через те, що і свобода, і відповідальність не є виключно правовими феноменами.

Оскільки будь-яка спроба помислити право поза людські відносини, які виражені через акти вільних осмислених дій, призводить до абсурду [4, с. 96], то для подальшого пошуку права А. Поляков звертається до самої поведінки людини та її засад. Для права характерна поведінка, що підкоряється певним правилам. Отже, необхідно визначити характер взаємозв'язку між: 1) нормами права (правовими правилами); 2) суб'єктами права і 3) їх відносинами [4, с. 97]. І тут при спробі визначити специфіку саме правових правил, в мислення російського правознавця знову незримо влітається час. Так, він вказує, що нормативність може розглядатися як загальна характеристика міжсуб'єктних соціальних відносин. Для того, щоб такі відносини могли існувати, суб'єкти повинні *розуміти* сенс поведінкових актів Іншого і *передбачати* його майбутні акти (курсив мій. — О. С.). Крім того, вони повинні мати можливість самі здійснювати акти, зміст і значення яких *очікувані* й *зрозумілі* Іншим (курсив А. Полякова). Отже, прихованим, латентним фоном правової комунікації знову опиняється час, тобто розрив між діями і зустрічними йому правовими наслідками як «ре-акцією» Інших на скоєне.

Інакше кажучи, те, що у А. Полякова іменується простором правової комунікації і приймається як самозрозумілий і далі нерозкладний феномен, на перевірку виявляється правовим часом, із горизонту якого тільки і можливе цілісне осмислення правової комунікації. Забігаючи трохи наперед, потрібно вказати, що мова тут йде не просто про «заміну» простору часом: річ у тім, що, осмислюючи правову комунікацію просторово, А. Поляков тим самим постулює її часовий вимір як синхронний. При цьому не береться до уваги діахронний план правової комунікації, в якому і локалізована правова нормативність як певне «тяжіння», яке притягає правові наслідки до скоєного діяння [4, с. 127–159]. У синхронному ж плані правової комунікації подібна «тяга» не тематизується. Тим самим, не акцентуючи уваги на діахронії правової комунікації, А. Поляков втрачає доступ до феномену нормативності в його самотності, а тому й позбавляється можливості з'ясувати специфіку правової нормативності порівняно з іншими її різновидами (моральною, релігійною тощо).

Можна припустити, що причиною зазначеного є те, що А. Поляков намагається виразити динамічну природу права в рамках загальнофілософського комунікативного підходу (не використовуючи термін «буття»), а тому і не бачить для себе необхідності в актуалізації темпорального горизонту. Разом з тим видається, що фундаментальна онтологія М. Гайдеггера, як первісно налаштована на осмислення буття в цілому, надає більше можливостей для правових розвідок, ніж комунікативна філософія, для якої комунікація — тільки засіб пояснити деякі закономірності взаємодії сущого [4, с. 127–159].

Таким чином, підбиваючи підсумки, слід зауважити, що А. Поляков, безсумнівно, створив нову й оригінальну концепцію права, яка здатна відповісти на багато запитань, що досі залишалися нерозв'язаними. Це насамперед проблема того, як насправді існує право, дихотомія позитивного та природного права, питання про механізм правової ідентифікації феноменів. Однак ігнорування російським правознавцем темпорального виміру права, на наш погляд, не дає йому змоги досягти цілісного осмислення феномену права та його онтологічних засад. Це останнє твердження і є предметом тих дискусій, які точаться між А. Поляковим і автором цієї статті протягом останніх кількох років¹. Тому можна вважати, що ця стаття — не крапка, а лише кома на нескінченно довгому, утім невичерпно цікавому шляху справжньої філософії права, яким наполегливо крокує А. Поляков.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Поляков А. В. Коммуникативная концепция права (генезис и теоретико-правовое обоснование) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. В. Поляков ; С.-Петерб. гос. ун-т. — СПб., 2002. — 94 с.
2. Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход / А. В. Поляков. — СПб. : Юрид. центр пресс, 2003. — 845 с.
3. Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права / А. В. Поляков // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 9–42.
4. Неклассическая философия права: вопросы и ответы. — Харьков : Биб-ка междунар. журн. «Проблемы философии права», 2013. — 272 с.

¹ Початок дискусії див.: Передмова головного редактора у часопису «Правознавство» № 4 за 2013 р. («Чи потребує теорія права ідей М. Гайдеггера?») У 5-му та 6-му номерах цього ж часопису за 2014 р. планується помістити мою відповідь на ці закиди.

Стовба О. В. Феноменолого-комунікативний підхід А. В. Полякова: право «по той бік» класичного праворозуміння

Анотація. Стаття являє собою розгляд філософсько-правової концепції відомого сучасного російського правознавця А. В. Полякова. Автор викладає зміст зазначеного підходу, аналізує його переваги й недоліки. У статті накреслюються основні філософсько-методологічні риси феноменолого-комунікативного варіанта праворозуміння. У підсумку робиться висновок про належність підходу А. В. Полякова до принципово нового — динамічного — праворозуміння, яке склалося у пострадянській філософії права.

Ключові слова: феноменологія, комунікація, право, динамічне праворозуміння, онтологія, методологія.

Стовба А. В. Феноменолого-коммуникативный подход А. В. Полякова: право «по ту сторону» классического правопонимания

Аннотация. Статья представляет собой рассмотрение философско-правовой концепции известного современного российского правоведа А. В. Полякова. Автор излагает содержание данного подхода, выделяет его преимущества и недостатки. В статье подчеркиваются основные философско-методологические черты указанного варианта правопонимания. В итоге делается вывод о принадлежности феноменологически-коммуникативной концепции права А. В. Полякова к принципиально новому — динамическому — правопониманию, сложившемуся в настоящее время в постсоветской философии права.

Ключевые слова: феноменология, коммуникация, право, динамическое правопонимание, онтология, методология.

Stovba O. Phenomenological-Communicative Approach of A. Polyakov: Law at the «Other Side» of the Classical Legal Reasoning

Summary. The article is the consideration of the legal-philosophical approach of the famous cotemporary Russian legal philosopher — A. Polyakov. Author underlines main intentions of this approach, stresses its positive and negative attributes. In the article the main philosophical-methodological features of the mentioned approach are researched. The result of the consideration is that the legal philosophy of A. Polyakov belongs to the new — dynamic — legal reasoning, which was formed within the post-Soviet legal thought.

Key words: phenomenology, communication, law, dynamic understanding of law, ontology, methodology.

ЗМІНА ПІДХОДІВ У ЮРИДИЧНІЙ ОСВІТІ: ЛІТНЯ ШКОЛА З ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

(2–5 серпня 2014 р., Яремче)

2–5 серпня 2014 р. у сонячному Яремче проходила Літня школа з загальної теорії права. Цей захід відбувся за ініціативою Координатора проектів ОБСЄ в Україні в рамках проекту «Підтримка розвитку юридичної освіти та освіти з прав людини в Україні», метою якого є створення необхідних передумов для посилення спроможності правничої наукової спільноти викладати юридичні дисципліни, спрямовані на навчання майбутніх правників повазі, захисту та розвитку освіти з прав людини, а також підтримку належного функціонування механізмів захисту прав людини.

Головним приводом для зустрічі стало обговорення курсу з теорії права, підготовленого авторським колективом, до якого увійшли **Микола Козюбра, Станіслав Погребняк, Олег Цельєв і Юлія Матвєєва**.

Центральна ідея, яку було озвучено *Миколою Івановичем Козюброю* на самому початку зустрічі й навколо якої вибудовувалася подальша дискусія, може бути сформульована так: юридична наука потребує зміни світогляду, а тому викладання усіх тем курсу з теорії права повинно відбуватися навколо людини і на позиціях визнання її безумовною цінністю. А це, у свою чергу, зумовлює необхідність відмовитися від розгляду права в невідривному зв'язку із державою. Указана тенденція має знайти свій прояв у всьому, починаючи із назви навчальної дисципліни, яка традиційно орієнтується на зв'язок права і держави.

Окремою темою для обговорення учасниками Літньої школи стало питання праворозуміння. Як відомо, це питання вирішується по-різному не тільки в різних правових системах, а й у межах однієї системи. Напевно, саме тому професор М. Козюбра, звертаючись до цієї проблеми, у першу чергу вказав на необхідність не абсолютизувати дефініції.

М. Козюбра розмову про різні підходи до праворозуміння почав із того, що ще в епоху Античності існувала думка про можливість винайдення універсального поняття права. Наполегливі спроби його віднаходження дійсно робилися. І лише



Виступ професора М. Козюбри

наприкінці XIX — на початку XX ст. змінилися підходи: сьогодні західна правова думка схиляється до того, що будь-яке визначення права не має підстав для існування. Прагнення універсального визначення є ілюзією. Адже проблема не у визначенні, а у розумінні права.

Справедливість цієї тези важко заперечити. Водночас, учасники Школи схилялися до того, що відмова від визначення права, особливо коли йдеться про курс із загальної теорії права для студентів, не вирішить проблему його різного розуміння. Навпаки, саме існування різних підходів до такого розуміння змушує нас визначитись із тим, що ми розуміємо під правом у межах конкретного навчального курсу.

При всій різноманітності підходів до праворозуміння найбільшу увагу, як підкреслив професор М. Козюбра, має бути приділено двом концепціям: позитивізму і юснатуралізму. Крім того, мають бути враховані положення соціологічного праворозуміння (реалістична школа права).

Головний здобуток природної школи права — ідеали справедливості, рівності, свободи, права людини. Духовна сторона права. Уявити право без ідеалів, цінностей неможливо. У той же час, чи можемо ми уявити собі право без елементів визначеності? Адже це шлях до свавілля. Вимоги до визначеності права і механізми її забезпечення — головний здобуток позитивістів. Але при цьому, повертаючись до природної школи права, не можна забувати: норми закону мають відповідати цінностям. Як з приводу цього сказав Кауфман: принципи права — перший крок до актуалізації права.

Соціологічна ж концепція нам потрібна для того, щоб пам'ятати: якщо навіть уявити право як систему ідеальних норм, то воно все одно може залишатися лише декларацією, якщо такі норми не будуть втілюватися в реальному житті. Тим більше, що й самі правовідносини можуть виникати не тільки на підставі норм. Професор М. Козюбра також зазначив, що право, на відміну від держави, не піддається революційним змінам. І це також зумовлює необхідність врахування здобутків соціологічної школи права.

Із питаннями праворозуміння тісно пов'язана тема прав людини. І основне питання, на яке має давати відповідь загальна теорія права: яке місце відводиться людині у формуванні й функціонуванні права? Якщо говорити про позитивістське праворозуміння, то воно орієнтоване не стільки на людину, скільки на державу. Людина є не активним учасником процесу правотворення, а його об'єктом. За такого підходу існує ніби два паралельних світи: юридичний (індивід у статусі суб'єкта права) і реальний світ (людина зі своїми інтересами, переживаннями, що, як правило, не охоплюються статусом суб'єкта права). Утім було б помилкою вважати, що всі доктрини природного права є людиноцентристськими. Ті концепції природного права, які вказують на право як на щось вічне й незмінне, фактично усувають людину від участі у процесах правотворення. Соціологічні концепції акцентують увагу на відповідних союзах, об'єднаннях. Індивід відходить на задній план. Як правоутворюючі сили розглядаються владні відносини в суспільстві, економічні, політичні, ідеологічні фактори.

До проблеми людини не лише як адресата права, а як його творця, увага повертається лише останнім часом. Йдеться, зокрема, про комунікативні концепції, в основі яких — принцип інтерсуб'єктивності. Право розглядається як спосіб буття, як спосіб власного існування.

Для визначення прав людини М. Козюбра говорить про три обов'язкових моменти: по-перше, права людини — це не просто можливості, як про це часто говорять, це те, чого людина може домагатися шляхом звернення до відповідних механізмів захисту; по-друге, права людини повинні мати реальний характер, тобто має існувати можливість для їх реалізації; по-третє, права людини мають бути визнані міжнародною спільнотою (це можуть бути різні форми визнання).

Серед багатьох інших цікавих лекцій і плідних дискусій окремо слід виділити розповідь *Станіслава Петровича Погребняка* про принципи права. Увагу, зокрема, було приділено питанню про співвідношення між принципами і нормами права. Професор С. Погребняк вказує на те, що наведене співвідношення є питанням конвенції. До нього вперше звернувся Джозеф Ессер у своїй роботі 1956 р. (*J. Esser. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen: Mohr 1956*), а згодом і Рональд Дворкін у більш відомій для нас книзі «Про права всерйоз» («*Taking rights seriously*», 1977). Вважають, що вчені незалежно один від одного дійшли схожих висновків про критерії розмежування принципів і норм права. Ще одне ім'я, про яке не можна не згадати, коли йдеться про встановлення співвідношення між принципами і нормами права, — Роберт Алексі.



Виступ професора С. Погребняка

Отже, у чому основні прояви різниці між принципами права і нормами права:

1) різні типи вимог до поведінки (норма дає відповідь на питання «що робити?»; принципи відповідають на питання «як роботи?», наприклад, добросовісно, розумно тощо);

2) різні правила подолання колізій (норма за формулою «все або нічого»; конфлікт між принципами — маємо зробити оптимальний вибір, з огляду на вагу принципу);

3) за характером абстрактності — принцип у конкретній ситуації окреслює коридор можливостей;

4) за наслідками застосування: норми права базуються на класичному силігізмі «якщо, то»; принципи діють через посередників — або через норми права, або через суд;

5) за глибиною усвідомлення — норма відрізняється від принципу так само, як право відрізняється від моралі; принципи залягають глибше, ніж норми; це наше усвідомлення цінностей, які ми не можемо порушувати під страхом власної правової ідентичності; більшість принципів права має моральну, а не технічну природу;

6) за формою виразу — норми закріплюються в джерелах права; для принципів не є обов'язковою формальна визначеність);

7) за порядком утворення — принципи виникають як ідеї, які поступово отримують визнання серед юридичної спільноти. Це визнання має знайти віддзеркалення у правових актах (при цьому, як видається, у нормативних актах —

в останню чергу; спочатку — в індивідуальних актах, в актах тлумачення, а вже потім — у нормативних актах);

8) за наслідками зміни — зміна принципів завжди має фундаментальний характер для правової системи;

9) за впливом держави — держава має менший вплив на зміст і перелік принципів, на відміну від норм, де роль держави шляхом правотворчості є більш відчутною.

Під час обговорення *Дмитром Вовком*, асистентом кафедри теорії держави і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, було поставлено цікаве питання щодо співвідношення принципів права і прав людини. У відповідь професор С. Погребняк зазначив, що принципи мають захищати і впроваджувати цінності. Права людини саме і є однією з тих базових цінностей, на захист і впровадження яких спрямовано принципи права.

Під час дискусії М. Козюбра висловив серед іншого сумнів щодо існування загальноцивілізаційних принципів, адже право не є медициною, і існування в ньому загальних постулатів, що були б незмінними для будь-якого суспільства, є неможливим з огляду на різні соціальні цінності, які визнаються в різних суспільствах. Може навіть збігатися назва, однак наповнення буде різним.

Зі школою, навіть якщо це тільки Літня школа, прощатися непросто. Яскраві спогади, теплий сум і нові ідеї забрав із собою кожен учасник цієї зустрічі на березі стрімкого Прута.

О. УВАРОВА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

«ФІЛОСОФІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ»: ЗАКЛЮЧНА СЕСІЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРОГРАМИ ПІДТРИМКИ ВИЩОЇ ОСВІТИ

(13–15 вересня, Перемишль, Польща)

13–15 вересня 2014 р. у рамках регіональної ініціативи Інституту відкритого суспільства відбулася заключна сесія Міжнародної програми підтримки вищої освіти за напрямом «Філософія прав людини» (2010–2014). Зустріч відбулася на базі Державної вищої східноєвропейської школи у м. Перемишль (Польща) і зібрала слухачів — докторантів і кандидатів наук із вищих навчальних закладів і науково-дослідних установ Білорусі, Росії та України. Як лектори були запрошені провідні спеціалісти у галузі філософії прав людини з університетів Білорусі, Польщі, Росії, США та України. Тематика лекцій, пов'язана з порушеннями прав людини у сучасному світі, органічно доповнила зміст попередніх сесій та міжсесійних семінарів Програми, присвячених філософському обґрунтуванню, історії, сучасним теоріям прав людини та дискусіям навколо них.

Перебуваючи у Перемишлі, учасники Проекту взяли участь у Міжнародній науковій конференції «Польща і Україна після 2014 року. Інновації у міжнародних відносинах: вища освіта, громадянське суспільство, транскордонне співробітництво» (11–12 вересня 2014 р., Перемишль, Польща), виступивши з доповідями, присвяченими переважно проблемам вищої освіти і міжнародного співробітництва у цій сфері.

Лекційну програму сесії розпочав професор Державної вищої східноєвропейської школи **Я. Драус**, який запропонував історико-правовий аналіз подій 2013–2014 рр. в Україні та наголосив на надзвичайній зацікавленості Польщі в незалежності України та її входженні до Європейського Союзу. Емоційна лекція викликала бурхливу дискусію щодо співвідношення політичних і морально-правових мотивів у позиції поляків щодо України, у ході якої професор підкреслив універсальний «праволюдний» аспект обговорюваних проблем.

Продовжив лекційний курс професор Варшавського університету (Польща) **П. Бальцерович**, який досить нетривіально підійшов до розкриття теми «Права людини та етнічні конфлікти». Зокрема, на думку професора, етнічних та релігійних конфліктів насправді не існує, адже фактор природної різноманітності сам по собі ніколи не є фактором конфліктів; справжні їх причини завжди є політичними. Найкращим же способом попередження таких конфліктів є освіта, мета якої — краще розуміння культурних відмінностей, як таких, що не повинні становити загрози. Теоретичний аналіз лектор доповнив цікавими прикладами із власного досвіду, розповівши про діяльність очолюваної ним неурядової організації «Освіта за мир» та освітні проекти, реалізовані нею у Судані, Афганістані, Малі та інших країнах, що не могло не викликати щирого захоплення аудиторії.

Логічним продовженням осмислення проблеми культурних відмінностей став вебінар із професором Кінгс Коледжу (м. Нью-Йорк, США) **Д. Таббсом**,

присвячений сучасним «праволюдним» інтерпретаціям повісті Л. Толстого «Хаджи-Мурат». Сюжет твору розглядався в контексті проблеми непримиренної ворожнечі в політиці, або проблеми «політичного зла». Лейтмотивом обговорення стали опозиції «ми/вони», «свій/чужий», «мораль/політика», «дискурс/насильство». Цілком очікувано було проведено паралелі із сучасною політикою Російської Федерації та військовими конфліктами за її участю. Окрема частина вебінару була присвячена методичним питанням, зокрема використанню літературних творів у викладанні філософії прав людини.

Завершив лекційну програму **С. Моїсеєв** (м. Новосибірськ, Росія), який запропонував ґрунтовний аналіз основних підходів у західній філософії права до вирішення питання про підстави обмеження свободи людей. Зокрема, були розглянуті: «принцип шкоди», «принцип образи», патерналізм і юридичний моралізм. Резюмуючи, лектор звернув увагу слухачів на помітну останнім часом тенденцію до відродження юридичного моралізму, проілюструвавши цю тезу цікавими прикладами із судової практики, що викликало жваву дискусію і змусило слухачів по-новому подивитися на проблему.

Цікавою подією в рамках Проекту стала також презентація книги доктора політичних наук, білоруського політичного аналітика **П. Усова** «Виникнення, консолідація і функціонування неоавторитарного режиму у Білорусі у 1994–2010 рр.», що відбулась у рамках сесії. Крім порівняльного аналізу недемократичних систем і виділення відмітних рис неоавторитарного режиму, який виник у Білорусі, у книзі також описані історико-культурні процеси, що підготували ґрунт для авторитаризму. Автор концентрує свою увагу на інституціональному аналізі політичного режиму, способах використання демократичних механізмів для його внутрішньої стабілізації, техніках мобілізації суспільства та ізоляції опозиції, державній ідеології як одному з інструментів, що активно застосовувався для звуження автономії суспільства. Насамкінець автор прогнозує, в якому напрямі можуть розгортатися політичні процеси у Білорусі в майбутньому.

І, нарешті, завершилася сесія спільним семінаром, на якому учасники Програми презентували розроблені ними навчальні курси, присвячені правам людини, що синтезували досвід багаторічної співпраці в рамках Проекту та поза ним і особистий доробок авторів. Йдеться, зокрема, про такі курси: «Проблеми забезпечення міжнародних стандартів прав людини у національному законодавстві і юридичній практиці» (**Д. Бочаров**, Дніпропетровськ), «Практика Європейського суду з прав людини» (**Д. Гудима**, Львів) та «Філософія прав людини» (**Н. Сатохіна**, Харків). Сподіваємось, що плідна комунікація між учасниками Проекту буде тривати й надалі, сприяючи відтворенню дискурсу прав людини як простору їх існування.

Н. САТОХІНА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

«ПРАВО І КОМУНІКАЦІЯ. ДО ЮВІЛЕЮ ПРОФЕСОРА А. В. ПОЛЯКОВА»: МІЖНАРОДНА НАУКОВА КОНФЕРЕНЦІЯ

(11–12 грудня 2014 р., Санкт-Петербург, Росія)

11 та 12 грудня 2014 р. у Санкт-Петербурзькому державному університеті (Росія) відбулася конференція з нагоди 60-річчя відомого російського правознавця, автора феноменолого-комунікативної концепції права, доктора юридичних наук, професора *Андрія Васильовича Полякова*. Отже, темою конференції була обрана «Право і комунікація». Слід відзначити, що філософсько-правові погляди ювіляра мали не тільки послідовників і однодумців, а й своїх критиків, які не зволікали та чітко й аргументовано висловлювали відповідні погляди¹.

Отже, найбільш характерною рисою першого дня конференції стала вельми гостра дискусивність. При цьому центр наукових суперечок поступово зміщувався з окремих питань правової комунікації до проблем співвідношення класичної і неklasичної (посткласичної) філософії права. Так, після промов знаних прибічників неklasичного праворозуміння Санкт-Петербурзьких вчених



Ювіляра вітає ректор СПбДУ, доктор юридичних наук, професор М. Кропачев

¹ Повні тексти доповідей як прихильників, так і противників комунікативної концепції права зокрема та неklasичної філософії права в цілому, див.: Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию А. В. Полякова : кол. моногр. : в 2 т. Т. 1. Коммуникативная теория права в исследованиях отечественных и зарубежных ученых. – СПб. : ООО Изд. дом «Алеф-пресс», 2014. – 373 с.; Т. 2. Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права. – СПб. : ООО Изд. дом «Алеф-пресс», 2014. – 533 с.

А. Полякова і **І. Честнова**, які доводили, що неklasичні підходи до права¹ є закономірним етапом еволюції філософсько-правової думки, виступила колега ювіляра по кафедрі **О. Тимошина**. У своїй надзвичайно цікавій і аргументованій доповіді дослідниця обґрунтовано зауважила, що досі на пострадянському просторі не розроблено системи критеріїв, яка б дозволила чітко відрізнити традиційні (класичні) та новітні (неklasичні та посткласичні) підходи до права. Отже, необхідним є осмислення тієї «поворотної точки», де правова думка зробила перехід від старих до нових концепцій, прояснити методологічні підвалини такої трансформації, виокремити різницю між класичними, неklasичними, посткласичними підходами, що має запобігти термінологічному безладу та дасть змогу проаналізувати стан справ у сучасному правознавстві. Наприкінці доповіді О. Тимошина запропонувала ідею «неklasичного» варіанта осмислення правової реальності, який був би здатен запобігти методологічному «радикалізму» постмодерної теорії права.

Рішучими противниками неklasичних підходів виступили московські вчені **В. Сирих** та **В. Лапаєва**. У своїх доповідях зазначені дослідники вказали на необґрунтованість відходу від класичного праворозуміння та висунули тезу, що комунікативна теорія права по суті не відкриває нічого нового, а те, що вона знаходить, більш адекватно можна осмислити в межах матеріалістичного підходу до права (В. Сирих) чи класичного лібертаризму В. Нерсисянца (В. Лапаєва).

У свою чергу, російський філософ **І. Невважай** (Саратов) підкреслив нормативний характер правової комунікації та зауважив, що саме комунікативна теорія права дає найбільш адекватний методологічний інструментарій для осмислення проблем буття права. Як наголосив І. Невважай, саме правова комунікація, яка породжується у ході тих соціальних відносин, де існує можливість заподіяння шкоди, є власним середовищем права. Інакше, за умови неможливості комунікації зникає і саме право, що перетворюється на сукупність мертвих приписів, які не втілені у життя.

Після перерви зазначена дискусія була продовжена. Так, відомий російський теоретик права **Л. Мамут** (Москва) у своїй промові підкреслив, що теорія правової комунікації А. Полякова має чимало вразливих місць. Так, у рамках цієї концепції неможливо провести межу між теорією та філософією права, термінологічний інструментарій А. Полякова є метафоричним та нечітким, зокрема остаточно не прояснене саме поняття комунікації. Насамкінець Л. Мамут наголосив на проблемності самої можливості неklasичного підходу у праві. Утім наступний промовець **В. Павлов** (Мінськ, Білорусь) знову став на захист комунікативної теорії права та правової неklasики в цілому, зазначивши, що так званий «антропологічний поворот» у сучасній філософії права, її «людиномірність» робить необхідним перехід від правової догматики до неklasичних способів розуміння права. Як один із варіантів такого осмислення білоруський науковець запропонував дослідити зв'язок між комунікативною теорією права та сучасною правовою антропологією, що, на його думку, дозволяє досягнути право як антропологічну практику суб'єктивації.

Проте після цього виступила представниця класичної лібертарної теорії права **Н. Варламова**, яка поставила під сумнів теоретико-методологічні пер-

¹ До яких, окрім поглядів зазначених авторів, були віднесені концепція правової реальності С. Максимова (Україна), синергійна антропологія права В. Павлова (Білорусь), темпоральна онтологія права О. Стовби (Україна), лібертарний інституціоналізм (В. Четвернін, Росія) та ін.



Члени авторського колективу монографії «Некласична філософія права»:
О. Стовба, І. Честнов, А. Поляков, С. Максимов

спективи комунікативної філософії права. Натомість автор цієї статті, **О. Стовба** у своїй промові наголосив, що перехід від класичного до некласичного праворозуміння був і є закономірним процесом розвитку фундаментального правознавства, оскільки після краху гегелівсько-марксистської парадигми треба було віднайти нову сітку координат для осмислення права. При цьому основною рисою правової некласики є відмова від класичної метафізичної дихотомії сущого та належного, на місце якої приходить розуміння права як соціально-сислової практики, відтворюваної у формі діалогу (І. Честнов), комунікації (А. Поляков), події «спів-буття» (О. Стовба) тощо. Також характерною рисою некласичного праворозуміння є відхід від статичних понять юридичної догматики та застосування так званих «онтологічних смислових метафор», які дозволяють адекватно описати плинну правову реальність. Насамкінець був зроблений висновок, що, оскільки найбільш вагомою перевагою сучасних некласичних правових концепцій є негативне ставлення до реіфікації права та його розуміння як мінливого, процесуального феномену, то сукупність зазначених концепцій може бути охарактеризована як «динамічне праворозуміння». Окрім цього у перший день конференції у головному залі виступили такі вчені, як **Е. Фітгпальді** (Італія) та російські правознавці **В. Трофімов**, **Н. Разуваєв**, **В. Денисенко** та **М. Антонов**. Також паралельно до засідань у головному залі (що мали за свою тему правову комунікацію в контексті філософії права) працювали дві робочі групи, які розглядали проблеми правової комунікації у співвідношенні з теорією права та практичними питаннями галузевих юридичних наук.

Другий день конференції був більш «інтернаціональним», що обумовило і зміну вектору дискусії, яка стосувалася загальних проблем правознавства. Так, питанням правового діалогу і комунікації були присвячені доповіді німецьких вчених **Б. Бергмана** та **В. Кравіца**. Відомий бельгійський правознавець **М. Ван Хук** обрав темою виступу європейську правову культуру в добу глобалізації (що викликало жваву дискусію про наявність спільної європейської пра-

вової культури як такої). У свою чергу, український філософ права **С. Максимов** у своїй доповіді виклав тези стосовно класичної та неklasичної моделі осмислення правової реальності в контексті комунікативної парадигми права. Харківський вчений детально осмислив переваги та недоліки комунікативної концепції права, навів відмінність між класичними та неklasичними способами осмислення правової реальності та наголосив на тому, що саме інтерсуб'єктивність і є тією визначальною межею, яка розрізняє правову класику та неklasику. Після нього виступив французький дослідник **Н. Рулан**, надзвичайно цікава доповідь якого була присвячена проблемам антропології права. Н. Рулан зосередився на персональному правовому досвіді людини, який за умов крос-культурних підходів до права є єдиною «дійсною» константою правової реальності. Натомість угорський вчений **Ч. Варга** сконцентрував увагу учасників на філософії європейського права, що являє собою, на його думку, складний баланс між порядком та хаосом. Американський дослідник **В. Саймонс** запропонував слухачам результати свого аналізу співвідношення права, мови та комунікації. Також у пленарному засіданні взяли участь такі вчені, як **О. Александров** (Росія) та **Р. Наріс** (Естонія). Після цього відбулися секційні засідання. Завершилася конференція урочистим бенкетом на честь А. Полякова.

Підбиваючи підсумки, треба відзначити надзвичайно високий науковий рівень конференції, що знайшло вияв не тільки у ґрунтовних та цікавих доповідях, а й у запеклих дискусіях, які точилися як під час пленарних, так і секційних засідань. Адже не секрет, що на більш низькому рівні наукової свідомості критика та гострі запитання часто-густо сприймаються як особисті «образи». Натомість на цій конференції критичні вислови опонентів викликали щирі вдячність тих, кому вони були спрямовані, оскільки завдяки таким інвективам промовці мали змогу більш повно викласти свої аргументи та дістати плідний поштовх до подальших філософсько-правових розвідок.

Також приємно здивувала надзвичайно дружня атмосфера, яка панувала на конференції. Адже внаслідок відомих політичних подій між українськими та російськими вченими могло виникнути певне непорозуміння. Проте ці побоювання розвіяли як організатори (зокрема, сам А. Поляков під час вступного слова окремо подякував гостям з України за відвідини)¹, так і учасники — і російські, і зарубіжні, які під час неформального спілкування зі щирим занепокоєнням цікавилися, що насправді відбувається в нашій країні та висловлювали теплі та дружні побажання, щоб усі проблеми якнайшвидше вирішилися мирним шляхом. Тому можна сподіватися, що звітована конференція не лише сприяє розвитку фундаментального правознавства, а й являє собою прообраз того «вічного миру» та дружнього взаєморозуміння між людьми, яке, як ми всі переконалися, є найбільшою та найважливішою цінністю.

О. СТОВБА

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри теоретичної і практичної філософії

(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)

¹ Це були професор, доктор юридичних наук С. Максимов, кандидат юридичних наук О. Стовба (обидва з Харкова) та аспірант В. Войчишин (м. Чернівці). Дружнє ставлення до українських правознавців проявилось, зокрема, й у тому, що професор С. Максимов разом з іншими відомими у світі вченими виступав одним із перших на пленарному засіданні, а О. Стовба разом із О. Тимошиною, А. Поляковим, М. Антоновим та І. Честновим був керівником однієї з трьох робочих груп.

ЮВІЛЕЙНИЙ ДЕСЯТИЙ МІЖНАРОДНИЙ КРУГЛИЙ СТІЛ З АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА

(12–13 грудня 2014 р., Львів)

Наприкінці минулого року Львівська лабораторія прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України (далі — ІДБМС) та Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (далі — Лабораторія ЛНУ) організували Ювілейний десятий круглий стіл на тему: «Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)».

Участь у заході взяли фахівці з понад 20 навчальних та наукових закладів 4 країн: Білорусії (Мінськ, Вітебськ), Вірменії (Єреван), Росії (Москва, Новосибірськ, Самара) та України (Дніпропетровськ, Київ, Львів, Одеса, Тернопіль, Харків, Чернівці). До початку роботи цього круглого столу організаторам вдалося опублікувати збірку матеріалів, в якій вміщено 37 статей його учасників.

Захід відкрили: ректор Львівського університету імені Івана Франка (далі — ЛНУ ім. І. Франка), доктор філософських наук, професор **В. Мельник**, заступник декана юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, кандидат юридичних наук, доцент **В. Косович** та доктор юридичних наук, професор **П. Рабінович**. Вони відзначили актуальність і перспективність дослідження правоантропологічної проблематики як в юридичних, так і у філософських науках, а також наголосили на особливій ролі юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка,



Засідання десятого міжнародного круглого столу з антропології права

якому вже протягом 10 років поспіль вдається організувати широкий науковий форум для обміну вченими з різних куточків України та зарубіжжя здобутками у дослідженнях проблематики «людина та право».

Захід проводився за п'ятьма тематичними напрямками: праворозуміння як визначальна детермінанта антропології права; антропологія права: об'єкти, предмети та методологія дослідження; антропологічні аспекти права у різних типах праворозуміння; правові властивості людини й антропні властивості права; філософія та загальна теорія прав людини.

Перший день роботи круглого столу було присвячено обговоренню таких проблем, як: *витоки поняття про права* (доктор філософських наук, доцент кафедри філософії природничих факультетів Одеського національного університету імені І. І. Мечникова **С. Шевцов**); *розуміння сучасної антропології* (доктор філософських наук, академік, професор кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія», професор кафедри філософської антропології Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова **Т. Розова**); *співвідношення антропології права та правової антропології* (доктор філософських наук, професор кафедри теорії та історії культури ЛНУ ім. І. Франка **М. Альчук**); *поняття політико-правової реальності* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри філософії права та юридичної логіки Національної академії внутрішніх справ **О. Павлишин**); *антропологія права в поглядах П. Юркевича* (аспірантка філософського факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка **В. Омельченко**); *приватність у кіберпросторі: людина та її віртуальний образ* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (далі – НЮУ ім. Ярослава Мудрого) **Ю. Разметаєва**); *регулювання людської діяльності правом* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮУ ім. Ярослава Мудрого **В. Смородинський**); *проблема різноманітності вживання правових термінів у проекті аналітичної юриспруденції Г. Л. А. Гарта* (кандидат юридичних наук, завідувач кафедри методології та філософії права Самарської гуманітарної академії **С. Касаткін**); *аутопоезис процесу за Ф. Кафкою* (кандидат юридичних наук, декан юридичного факультету Академії митної служби України **Д. Бочаров**); *відсутній правовий суб'єкт Ф. Кафки* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії НЮУ ім. Ярослава Мудрого **Н. Сатохіна**); *мета-нормативні принципи і мета-норми права* (магістр європейських учень, викладач кафедри теорії держави і права Єреванського державного університету **Т. Казарян**).

Наступного дня жваві дискусії учасників розгорталися навколо таких питань: *гідність права і права людини* (аспірантка філософського факультету ЛНУ ім. І. Франка **Т. Продан**); *верховенство права і релігійна свобода: проблема юридичної рівності* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права НЮУ ім. Ярослава Мудрого **Д. Вовк**); *західні правові цінності в ісламській правовій системі* (кандидат юридичних наук, начальник управління планування та координації правових досліджень Національної академії правових наук України **Д. Лук'янов**); *теоретичні аспекти юридичної відповідальності* (доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права НЮУ ім. Ярослава Мудрого **С. Погребняк**); *людино-правова проблематика на сторінках журналу «Право України»* (кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,

заступник головного редактора журналу «Право України» **Л. Макаренко**); *досвід медико-правових досліджень у Львові та впровадження їх результатів в освітній процес* (кандидат юридичних наук, завідувач кафедри медичного права Львівського державного медичного університету імені Данила Галицького **І. Сенюта**).

Участь у дискусіях також взяли: доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права ЛНУ ім. І. Франка **С. Рабінович**, в. о. доцента кафедри психології та гуманітарного знання Прикарпатського інституту імені Михайла Грушевського **Е. Єленевський**, кандидат юридичних наук, докторант кафедри теорії держави і права Національної академії внутрішніх справ **І. Ситар**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри правових засад підприємництва Львівського державного університету внутрішніх справ **Ю. Лобода**.

Загалом же у десяти щорічних випусках матеріалів круглих столів було опубліковано близько 400 статей учасників (загальним обсягом понад 250 друк. арк.) із більш як 100 ВНЗ і наукових установ Азербайджану, Білорусі, Вірменії, Казахстану, Канади, Киргизії, Польщі, Росії, Узбекистану й України (див. рис. 1, 2).

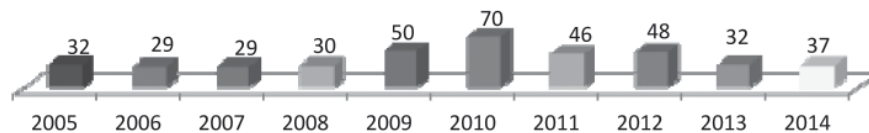


Рис. 1. Динаміка кількості публікацій

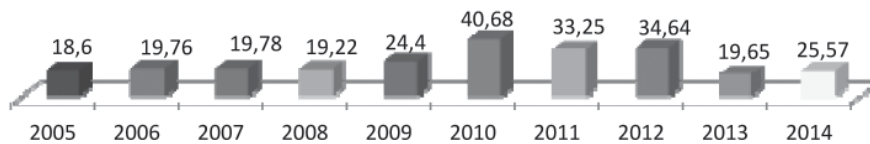


Рис. 2. Динаміка обсягів збірок (друк. арк.)

Усі означені заходи, ясна річ, не могли не посприяти розвитку антропологічної проблематики на вітчизняних теренах. Зокрема, протягом 10 останніх років в Україні побачили світ такі монографії, як: «Права людини: соціально-антропологічний вимір» (Львів, 2006); Грищук О. В. «Людська гідність у праві: філософські проблеми» (К., 2007); Погребняк С. П. «Основоположні принципи права (змістовна характеристика)» (Х., 2008); Гудима Д. А. «Права людини: антрополого-методологічні засади дослідження» (Львів, 2009); Рабінович С. П. «Природно-правові підходи в юридичному регулюванні» (Львів, 2010); Удовика Л. Г. «Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антропологічний вимір» (Х., 2011); Завальнюк В. В. «Антропологічне осягнення правової реальності: юриспруденція на перетині епох» (Одеса, 2012), а також навчальний посібник «Антропология права» за ред. В. І. Кушерця (К., 2011).

Крім того, у деяких вітчизняних підручниках і навчальних посібниках із філософії права виокремились спеціальні розділи, присвячені антрополого-

правовій проблематиці (наприклад, «Філософія права» за ред. О. Г. Данильяна, Х., 2009; Сливка С. С. «Філософія права», К., 2012); у згаданих вище новітніх українських часописах із філософії права публікувались цикли статей саме з означеної тематики; упродовж років роботи круглого столу в Україні було захищено низку дисертацій із проблематики, яка має стосунок до антропології права, зокрема: Кравченко А. П. «Антропологічний принцип у філософії права» (Х., 2008); Яремко О. М. «Контамінація раціонального та гуманістичного вимірів у генезі інституту покарання в контексті європейської правової традиції» (К., 2009); Боднар С. Б. «Рівність як категорія філософії права» (Львів, 2010); Павленко Ю. О. «Антропологічні виміри ідеології» (К., 2010); Момот М. О. «Реалізація принципу справедливості в правотворчій діяльності» (К., 2011); Івашев Є. В. «Взаємозв'язок антропології та аксіології права як чинник розвитку теорії прав людини» (К., 2014).

Усе це дає підставу стверджувати, що львівська традиція круглих столів неабияк посприяла розвитку антропології права в Україні, створивши унікальний для вітчизняного правознавства формат зустрічі молодих і досвідчених вчених із різних галузей гуманітарного знання.

В. ГОНЧАРОВ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри основ права України
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

РОЗГЕРМЕТИЗУВАТИ ГЕРМЕСА
(Рецензія Д. Бочарова
на монографію В. Гончарова
«Динамічне тлумачення юридичних норм»¹



«Убити дракона», «врятувати рядового Райана», «розгерметизувати Гермеса» — ці мовні конструкції окрім імперативної домінанти містять відчутний присмак непевності, сумніву в тому, що це можливо зробити.

Прагнення «розгерметизувати Гермеса», вісника богів, й досягнути божественні волю та знання всупереч очевидній неймовірності цієї місії живиться природним бажанням розкрити потаємне, пізнати невідоме та розтлумачити незрозуміле; його зумовлено тим ідеалом, якого не можна досягти, але до якого можна необмежено наблизитися (К. Поппер). Саме цим, власне, й опікується герменевтика — передовсім у царині тексту.

Проблема розуміння текстів як таких і правових текстів зокрема з усією очевидністю постала в минулому столітті у зв'язку з переосмисленням закономірностей формування людською свідомістю текстуальних значень. Зменшення (а подекуди й нівелювання) ролі автора тексту в процесі встановлення його змісту, перенесення акценту з автора тексту на його адресатів (читачів та інтерпретаторів), визнання суттєвої зумовленості процесів розуміння особливостями психічних і когнітивних структур особистості та її досвідом актуалізує потребу дослідження механізмів тлумачення вербальних конструкцій, переводить її зі сфери абстрактних наукових дискусій у суто практичну сферу. Найбільшою мірою це стосується юридичних конструкцій, утілених у нормативно-правових актах, оскільки за їх посередництвом здійснюється регулювання відносин значної кількості людей, а наслідки невідповідного розуміння юридичних текстів можуть бути надзвичайно болісними.

Аналогічним чином може бути схарактеризована й проблема трансформації змісту, «вчитуваного» у різний час з одних і тих самих текстів. Чому одна й та сама людина в різний час прочитає той самий текст по-різному, наділяє його різним смислом і значенням? Чому одна й та сама судова інстанція по-різному

¹ Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм / В. В. Гончаров // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Нац. акад. прав. наук України / Редкол. : П. М. Рабінович (гол. ред.) та ін. — Серія І. Дослідження та реферати. — Вип. 27. — Львів : СПОЛОМ, 2013. — 252 с.

тлумачить закон у різний час? І нарешті, яке саме з численних прочитань є правильним?

Попри очевидну проблематичність і практичну значущість зазначених питань, скидається на те, що представники вітчизняної юридичної науки не приділяли їм належної уваги, переважно обмежуючись розглядом окремих аспектів. Тож відзначена автором монографії «Динамічне тлумачення юридичних норм» В. Гончаровим актуальність дослідження тлумачення (насамперед офіційного) як засіб встановлення і трансформації змісту юридичних норм (с. 6, 16) не викликає сумнівів.

Перший розділ книги В. Гончарова присвячений огляду літератури за темою та характеристиці методології дослідження. У методологічному плані автор виявляє себе як прибічник філософської герменевтики Г. Г. Гадамера й семантичних учень «пізнього Л. Вітгенштайна та раннього М. Гайдеггера», обґрунтувавши можливість і плідність такої точки зору (с. 42–45). У зв'язку з цим варто наголосити на подеколи відчутно полемічному характері рецензованої монографії, який є відображенням і продовженням живих дискусій автора з однодумцями, критиками й рецензентами тексту. Окремо слід відзначити застосування як один із методів (у розумінні вчених, які вважають, що конструктивна теорія цілком може виступати в ролі методологічної основи чи самостійного методу дослідження) теорії «мовних ігор» Л. Вітгенштайна, про яку вітчизняні юристи знають або дуже мало, або й зовсім не знають. В. Гончарову вдалося використати теорію «мовних ігор» вельми продуктивно, виробивши й обґрунтувавши за її допомогою ряд положень своєї роботи, і зокрема, виявити специфіку вживання ключового в рамках дослідження слова «тлумачення» в різних «мовних іграх» (с. 26–29, 47–49). Другий розділ називається «Класичні та новітні підходи до офіційного тлумачення юридичних норм». У ньому відповідно розглянуто сучасні інтерпретації поняття тлумачення юридичних норм, здійснено розмежування тлумачення-розуміння і тлумачення-пояснення, тлумачення і конкретизації, об'єкта і предмета тлумачення, обґрунтовано проєктивний характер смислу юридичних норм, схарактеризовано й класифіковано основні підходи до офіційного тлумачення та способи офіційної інтерпретації, які опосередковують її динамізм (функціональне, еволюційне та динамічне тлумачення), а також висвітлено поняття, різновиди та властивості результатів тлумачення. У третьому розділі «Трансформація змісту юридичних норм засобами офіційного тлумачення» визначено та проаналізовано герменевтичні чинники та логіко-семантичні закономірності динамічного тлумачення, а також проаналізовано особливості динамічного тлумачення в практиці Верховного суду Сполучених Штатів Америки, вищих судових інстанцій Федеративної Республіки Німеччина, Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України.

Серед багатьох «цікавинок» рецензованої монографії декілька хотілося б відзначити окремо, а саме — провідну ідею книги стосовно того, що динамічне тлумачення являє собою *радикальний перегляд* попередньої правотлумачної позиції. При тому В. Гончаров слушно зауважує, що, вживаючи термін «динамічне тлумачення», ми не завжди маємо на увазі одне й те саме. У деяких випадках цим терміном позначається спосіб, що полягає у пристосуванні норми до обставин, які змінилися; у деяких — результат такої діяльності, що полягає в радикальній зміні (перегляді) офіційної правотлумачної позиції (с. 119). Таким чином, під терміном «динамічне тлумачення» дійсно можуть «ховатися» два

неоднакових поняття. Варто погодитися з автором, що з огляду на це доречно було б розуміти під динамічним тлумаченням саме результат; для динамічного тлумачення характерно, що воно є несумісним із попередньою інтерпретацією положення закону (с. 118–119, 128, 185).

З огляду на наявність банальної плутанини щодо цього питання у вітчизняній правовій доктрині видаються важливими міркування В. Гончарова стосовно природи юридичної норми. Він, зокрема, цілком слушно вважає, що юридична норма є тим, що ми вичитуємо з тексту закону; це результат його прочитання, відповідь, яку інтерпретатор знаходить у тексті. Тож припущення стосовно того, що поширений вираз «смісл юридичної норми» імплікує тавтологію (смісл смислу), видається небезпідставним (с. 60). Вирази «смісл (зміст, значення) юридичної норми» і «юридична норма» є значною мірою взаємозамінними; юридична норма виступає смисловою характеристикою джерела права в певній ситуації.

Заслуговує на врахування й позиція, відповідно до якої автор вважає за необхідне абстрагуватись від традиційного для вітчизняної правової доктрини визначення співвідношення предмета та об'єкта тлумачення. Він, зокрема, зауважує, що поділ на предмет та об'єкт тлумачення базується на уявленні про лінійність процесу пізнання: від предмета до об'єкта, від частини до цілого. У випадку тлумачення юридичних норм це спрощений погляд; насправді інтерпретатор рухається у двох напрямках: від частини до цілого і від цілого до частини (с. 58–60, 125). Тому В. Гончаров вельми переконливо обстоює думку, що з інструментальною метою цілком можливо абстрагуватись від методологічного розрізнення на предмет і об'єкт тлумачення та говорити про предмет герменевтичних зусиль у широкому розумінні.

Виправданий інтерес викликає також положення роботи, згідно з яким офіційне тлумачення не можна характеризувати як істинне чи хибне, оскільки, по-перше, воно має перформативний характер; по-друге, смісл «відкритого» тексту можна узгоджувати з дійсністю більш ніж одним способом (с. 123–124, 128). Автор, проте, не заперечує можливості перевірки результатів тлумачення на обґрунтованість (семантична допустимість, відповідність загальноприйнятими правилам тлумачення, досягнення когерентності, логічної послідовності).

Слід згадати й репрезентовані в книзі результати ґрунтовного аналізу й систематизації наявних підходів до тлумачення, що полягають насамперед у створенні нової їх класифікації. Підходи до офіційного тлумачення юридичних норм В. Гончаров ділить на оригіналістичні (зокрема, первинно-суб'єктивні, згідно з якими смислом норми є воля, намір чи думка історичного законодавця, та первинно-об'єктивні, відповідно до яких смислом норми є звичайне її значення на час ухвалення); неоригіналістичні (зокрема сучасно-суб'єктивні, згідно з якими смислом норми є воля, намір чи думка законодавця часу застосування норми, та сучасно-об'єктивні, відповідно до яких смислом норми є звичайне значення слів та речень на час застосування норми); змішані (механічно поєднують риси щонайменше двох перерахованих вище підходів); синтетичні (інтегративно поєднують такі риси). Сам автор надає перевагу синтетичному підходу до тлумачення, оскільки той виходить із проективного характеру юридичної норми та намагається досягти погодження (своєрідного примирення) між різнорідними правотлумачними аргументами (с. 65–68, 126–127, 186). Слід зазначити, що запропонована В. Гончаровим класифікація достатньо чітка за критеріями поділу, зрозуміла й зручна у застосуванні.

Монографія «Динамічне тлумачення юридичних норм», окрім усього зазначеного, містить чимало інших, таких, що варті уваги, теоретичних і теоретико-прикладних аспектів. Її практична цінність у контексті вітчизняних реалій полягає й у наявності виважених, обґрунтованих і конструктивних пропозицій стосовно оптимізації законодавчого регулювання діяльності Конституційного Суду України (с. 247–249). Залишається лише висловити сподівання, що зазначені пропозиції будуть враховані законодавцем.

Тексту цієї книги не бракує й положень, здатних викликати цікаві наукові дискусії.

Так, наприклад, на с. 21–22, 139 В. Гончаров декларує синонімічність, еквівалентність слів «смысл» і «значення». «Головним критерієм розмежування смыслу і значення є положення про те, що смысл зумовлений контекстом, а значення — ні, — пише він. — Позаяк для нас мова і мовна практика являють одне й те ж, ми не можемо визнати розмежування смыслу і значення. До того ж, ані смыслу, ані значення у слова взагалі не може існувати поза контекстом» (с. 21, 22).

Як видається, таке ототожнення понять, позначуваних термінами «смысл» і «значення», не виправдовує себе навіть для цілей даного конкретного дослідження. Адже попри неоднозначність і дискусійність цього питання, диференціація «значення» і «смыслу» в лінгвістиці на цей час — факт доконаний. Дискусії точаться радше стосовно критеріїв розмежування. Смысл (точніше, смысли) слова розглядаються зазвичай як його варіативна складова, тоді як значення трактується як інваріантний чинник, незалежний від зміни смыслу й певною мірою спільний для всіх або більшості смыслових форм. Інакше кажучи, якщо «значення» — елемент мови, то «смысл» — елемент мовлення, ефект контекстуального вживання слова *hic et nunc*.

Приміром, В. Гончаров зазначає, що існують норми, щодо яких вплив контексту має, так би мовити, «нульовий» характер. Це стосується абсолютно визначених (формалізованих) норм («закритих творів»). «Абсолютно визначені норми здебільшого містять декілька формалізованих елементів, — пише він. — Наприклад, згідно з ч. 3 ст. 103 Конституції України одна й та сама особа не може бути Президентом України більше ніж два строки підряд. Норма в частині числівника «2» — якщо не вдаватися до фантастичних прикладів — не потребує пояснень чи переведень на зрозумілішу мову, інакше кажучи, потребує лише розуміння» (с. 63–64). Тож не вдаючись до фантастичних прикладів, спробуймо з'ясувати, чи залишиться так само зрозумілим і однозначним смысл цієї норми, якщо йтиметься про «неповну каденцію», або ж про можливість обрахування кількості строків з моменту набрання чинності нормою, якщо вона набирає чинності під час перебігу «другого» строку (як, власне й було у випадку з обрахуванням каденцій другого Президента України, що породило жваві дискусії серед правників)? Видається, що значення лексичної формули «два строки» залишатиметься в цих випадках незмінним, а от смысл може суттєво змінюватись.

Важко не погодитись із автором, що «той, хто не звертає уваги на «теоретичні премудрості» такого гатунку, як правило, залишається в полоні застарілих, ба навіть просто вульгарних поглядів з цього питання» (с. 22).

На можливе застереження, що розмежування смыслу і значення погано узгоджується з концепцією «мовних ігор», хочеться все ж удатися й до «фантас-

тичного» прикладу — «гри в бісер» із однойменного роману Г. Гессе, сенс якої полягає у створенні нових смислів завдяки використанню стабільних значеннєвих конструкцій. Чим, власне кажучи, й мають займатися за фахом правники, якщо не накидати їм при тому «зловживання смислом» усім без винятку й керуватися принципом «*quod licet bovi, non licet Jovi*».

Складно спрогнозувати, чи стануть спроби розгерметизувати Гермеса, щоб опанувати божественні задум і волю, плідними хоча б у найвіддаленішій перспективі. А от спробувати «розгерметизувати» книгу В. Гончарова «Динамічне тлумачення юридичних норм» варто кожному, хто небайдужий до питань інтерпретації правових текстів. Для когось, як для рецензента, це стане досвідом і з'ясування, і роз'яснення її змісту, для когось — лише з'ясування. Зрештою, і те, і те охоплюється поняттям тлумачення (с. 49) й приводить до спільного плідного результату — розуміння. Тут і тепер.

Д. БОЧАРОВ
*кандидат юридичних наук,
декан юридичного факультету
(Академія митної служби України)*

IN MEMORIAM

ПАМ'ЯТІ ОЛЕКСАНДРА МИКОЛАЙОВИЧА МИРОНЕНКА: ЖИТТЄВИЙ ШЛЯХ І НАУКОВА СПАДЩИНА ВИДАТНОГО ВЧЕНОГО-ЮРИСТА



2014 рік, поряд з іншими втратами українського суспільства, відзначився ще однією сумною подією. На 73-му році життя після тяжкої хвороби пішов із життя талановитий український історик і філософ права, теоретик політики, вчений-конституціоналіст Олександр Миколайович Мироненко. Великої втрати зазнали Національна академія правових наук України, Українська академія політичних наук, Асоціація політичних наук України, Міжнародна асоціація істориків права. Остання втратила не лише авторитетного колегу, а й фундатора та багаторічного керівника свого базового наукового підрозділу – відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права імені В. М. Корецького

НАН України, ініціатора створення та першого голови Комісії історії українського права при Президії НАН України.

Життєвий шлях ученого був сповнений невтомною працею, прагненням духовного й наукового поступу. Він чималого досяг на науковій і державницькій ниві як правознавець, політолог, філософ, історик права, педагог, доктор філософських наук (1988), професор (1994), академік Української академії політичних наук (1993), член-кореспондент Національної академії правових наук України (1993), заслужений діяч науки і техніки України (1997), лауреат Державної премії України в галузі науки і техніки (2004), у 1996–2005 рр. – суддя першого в історії складу Конституційного Суду України.

Олександр Миколайович народився 14 серпня 1942 р. у с. Покровське Веселинівського району Миколаївської області в родині працівника МТС і колгоспниці. Втім тривалий час в офіційних документах і біографічних публікаціях відповідно до свідчення про народження зазначалася інша дата, яка робила його дещо молодшим. Сам учений пояснював таку розбіжність тим, що у воєнні роки з об'єктивних причин реєстрація акту громадянського стану відбулася значно пізніше народження і батьки із селянською житейською мудрістю вирішили скористатися цією обставиною, щоб у перспективі дещо відтермінувати можливий призов сина на військову службу. За словами Олександра Миколайовича, він завжди знав про справжню дату народження та вже у дуже зрілому віці відновив істину. Проте іноді мимохіть закрадається думка, що тут не обійшлося без певної містифікації. Адже

15 серпня 1942 р. народилася його дружина — видатна драматична актриса, Герой України Валерія Гаврилівна Заклунна-Мироненко, до якої він завжди ставився ніжно і романтично.

Утім повернемося до перших років життя майбутнього корифея науки і відомого судового діяча. За власним визнанням О. М. Мироненка, найкращими рисами свого характеру він передусім завдячував батькам — Миколі Яковичу та Марії Гнатівні — невтомним трударям, сердечним і мудрим наставникам, відданим своїм дітям [1]. Інтелектуальна обдарованість Олександра виявилася ще в дитячі роки, він неодноразово був переможцем районних, міських, обласних та республіканської (1958) учнівських олімпіад, закінчив школу із золотою медаллю.

Трудову діяльність розпочав 1959 р. слюсарем на суднобудівному заводі у м. Миколаєві. Проходив строкову військову службу. В 1971 р. закінчив заочно юридичний факультет Одеського державного університету імені І. І. Мечникова, в 1977 р. — Академію суспільних наук у Москві. Працював у комсомольських та партійних органах. У цей період з-під пера О. М. Мироненка виходять перші монографічні праці, десятки брошур, сотні наукових статей. Низка наукових праць була опублікована за кордоном.

Досвіду науково-педагогічної діяльності він набував, очолюючи кафедру наукового комунізму, згодом — кафедру радянського й міжнародного права Миколаївського університету марксизму-ленінізму для керівної ланки промисловості. У 1974–1977 рр. — викладач Краснопресненського університету марксизму-ленінізму в Москві. У 1977 р. із відзнакою закінчив аспірантуру Академії суспільних наук і блискуче захистив дисертацію на здобуття вченого ступеня кандидата філософських наук на тему «Роль мирного співіснування і міжнародного співробітництва в розв'язанні глобальних проблем сучасності».

У своїх наукових працях та суспільно-політичній діяльності він завжди обстоював громадянську позицію, за що не раз потрапляв «у немилість» до керівництва партійних органів. Громадське визнання плідних результатів діяльності ученого виявилось в численних рецензіях на його праці, опублікованих в Україні, Росії, Польщі, Чехії, Словаччині, Канаді, США та інших країнах.

Від 1983 р. — на науковій роботі в Інституті держави і права АН УРСР. Як науковця його вирізняли цілеспрямованість і наполегливість, постійний пошук досконалості, поєднання принциповості й толерантності. У 1988 р. О. М. Мироненко блискуче захистив докторську дисертацію на тему «Глобальні проблеми на межі третього тисячоліття (соціально-політичний аспект)». Працював старшим науковим співробітником, від 1988 р. — завідувач відділу історико-політологічних досліджень держави і права України. У 1996–2005 рр. — суддя Конституційного Суду України. З виходом у відставку після завершення 9-річної каденції повернувся на роботу до інституту, де до останніх днів життя працював на посаді головного наукового співробітника відділу історико-правових досліджень. Водночас упродовж кількох місяців 2006 р. виконував обов'язки ректора Київського університету права НАН України.

Точну кількість наукових публікацій вченого визначити важко. У згаданому ювілейному виданні 2002 р. міститься 1316 бібліографічних позицій. Згодом понад 10 років правознавець поповнював свій доробок на 70–90 праць щороку. Проте треба взяти до уваги, що, за власним визнанням, Олександр Миколайович після написання праці втрачав до неї всякий інтерес. Він фактично не займався «просуванням» результатів власних досліджень, зокрема не цікавився долею своїх статей після направлення їх до редколегії того чи іншого видання. Вчений

загалом ретельно вів список написаних праць, в якому, однак, без належних видавничих реквізитів поруч стояли опубліковані й неопубліковані розвідки. За доволі приблизними підрахунками, всього у різних виданнях вчений опублікував близько 1500 наукових, науково-популярних і публіцистичних праць. Зокрема, йому належать пріоритети у філософському осмисленні глобальних проблем сучасності, історико-правовому аналізі подій Української революції 1917–1921 рр., дослідженні світової та вітчизняної політико-правової думки, історії конституціоналізму та конституційної юстиції.

Наукова позиція вченого знайшла найвиразніше відображення в циклі статей: у «Політологічному енциклопедичному словнику» (1996, 2004), «Малій енциклопедії етностранознавства» (1996), багатотомній «Юридичній енциклопедії» (1998–2003), «Політичній енциклопедії» (2012) та низці інших довідкових видань; в індивідуальних монографіях: «Світоч української державності: політико-правовий аналіз діяльності Центральної Ради (березень 1917 – квітень 1918)» (1995), «Витоки українського революційного конституціоналізму 1917–1920 рр.: теоретико-методологічний аспект» (2002); у колективних монографіях: «Український парламентаризм: минуле і сучасне» (1999), «Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму 1929–1941» (2001).

Олександр Миколайович був глибоким і сміливим аналітиком, якого надзвичайно цікавили проблеми національної і планетарної безпеки. У вельми консервативному середовищі радянських суспільствознавців він сміливо ставив питання про глобальні проблеми сучасності, серед яких на першому місці була боротьба за мир. Вершиною «філософського періоду» його творчості була монографія «Боротьба за мир і глобальні проблеми сучасності» [2], яка починалася з підрозділу «Загроза світової ядерної війни – сувора реальність наших днів».

Виклад матеріалу цього підрозділу починався із суворої статистики жертв воєнних дій і цитати з праць Р. Оуена, що «наука про вплив умов життя на людський рід швидко дасть змогу усім народам зрозуміти не лише лиха війни, а й її безумства». Далі наводяться думки про війну багатьох мислителів і політичних діячів. При цьому О. М. Мироненко сміливо солідаризувався з антивоєнною позицією П. Тольятті: «Перед обличчям такої перспективи навіть обговорення питання про те, якої соціальної орієнтації будуть додержуватися ці уламки людського роду, видається непотрібним. Фактично ми опинилися б перед обличчям самогубства людського роду». А ось власний висновок О. М. Мироненка: «Послизнувшись на ядерному катаклізмі, людство може впасти у прірву».

Своє бачення шляхів розв'язання згаданої проблеми автор виклав у підрозділі під промовистою назвою «Розум перемаже безумство». Він пропонує керуватися «філософією миру», яка бере початок від великих мислителів минулого. На підтримку своєї позиції О. М. Мироненко активно залучав і маловідому спадщину класиків марксизму. З гуманістичних позицій він діалектично розглянув відому формулу Клаузевіца про війну як продовження політики, засіб досягнення політичних цілей. Утім через кілька років у докторській дисертації вчений буде категоричнішим і однозначним, стверджуючи, що ця формула безнадійно застаріла. Для досягнення загального миру потрібні цілеспрямовані дипломатичні та інші заходи щодо послаблення міжнародної напруги і політичної конфронтації, розвитку міжнародного співробітництва, припинення гонки озброєнь, створення нової системи міжнародних відносин на засадах мирного співіснування. Всупереч песимістичним прогнозам окремих західних футуроло-

гів та ізоляціоністському спрямуванню більшості тогочасних кремлівських підходів Олександр Миколайович вірив у можливість відвернення загрози війни через посилення міжнародного співробітництва і зростання «глобального антивоєнного потенціалу».

Доволі глибокими є підходи вченого до проблематики державного суверенітету. Її опрацювання Олександр Миколайович почав після переходу на роботу до Інституту держави і права, готуючи розділ «Уряд України і зовнішня політика» до колективної монографії «Більшовицький уряд України 1917–1924» [3]. Розділ починається з розгляду дискусійного питання, коли виникла міжнародно-правова суб'єктність Радянської України. На думку автора, «лише державний суверенітет міг стати запорукою повноправної участі України в житті світового співтовариства, тобто її реальної юридичної незалежності в міжнародних відносинах», оскільки першоджерелом виникнення міжнародно-правової суб'єктності будь-якої держави «є така невід'ємна її ознака, як суверенітет».

Виходячи далеко за рамки завдання дослідити лише радянську українську державність, автор намагався об'єктивно розглянути здобутки в розбудові національної суверенної держави Української центральної ради та інших тодішніх небільшовицьких владних режимів. Зокрема, він зробив такий висновок: «Усі режими, які приходили й зникали, активно шукали вихід до зовнішньополітичної сфери і мали спеціальні органи зовнішніх зносин на чолі з досвідченими діячами». Учений також виступив проти тези щодо примусового нав'язування Україні «російських» форм і засобів революції, стверджуючи, що «український народ, який пройшов крізь різні альтернативи, самостійно обрав шлях подальшого розвитку. Загальний висновок автор зробив після докладного історико-правового аналізу: «Законодавче закріплення міжнародно-правової суб'єктності УСРР можна датувати майже точно — 10 березня 1919 р., тобто у день прийняття першої Конституції радянської республіки». При цьому він підкреслює, що державний суверенітет УРСР в Конституції прямо не декларується, що певною мірою компенсується наявністю конституційних норм про повноту влади Рад у центрі та на місцях. Водночас вчений дійшов висновку, що у червні 1923 р. самостійна активна діяльність України як суб'єкта міжнародно-правових відносин була перервана більш як на два десятиріччя.

У цьому контексті далі автор розглядає традиційні погляди щодо природи державного суверенітету, апологетичну позицію радянських правознавців, які доводили повноту суверенітету радянських республік у складі СРСР. Він зазначає, що суверенітет — це властивість, якість його носія, але водночас це категорія історична, а тому він має межі, які встановлює та чи інша доба природно-історичного розвитку. Суверенітет еволюціонує від «абсолютності» до «відносності» з розвитком людства в єдиний людський рід та інтенсивного наростання потреб, які торкаються загальних, планетарних проблем та інтересів, а не лише окремих народів, держав, класів та інших соціальних груп. Теоретичні роздуми вчений завершує висновком, що після утворення СРСР радянські республіки під тиском Й. В. Сталіна і його найближчого оточення були примусово позбавлені не лише міжнародно-правової суб'єктності, а й навіть обмеженого суверенітету.

Значним був особистий внесок вченого у становлення української політичної науки, зокрема, у розроблення її методологічних засад і поняттєво-термінологічного апарату. Так, у процесі підготовки «Політологічного енциклопедичного словника» [4–5] професор О. М. Мироненко на базі свого відділу вперше у

вітчизняній політичній науці здійснив масштабну роботу із термінологічного впорядкування знань про політику. Поряд з цим він особисто систематизував і виклав у завершеному енциклопедичному стилі практично всю історію світової і української суспільно-політичної думки. Виступив співавтором першого в Україні навчального посібника «Основи політології», ініційованого професором В. Д. Бабкіним на базі Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Йому судилося багато років очолювати першу в Україні спеціалізовану вчену раду по захисту дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора політичних наук в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. За його активного сприяння шлях у велику науку було відкрито багатьом нині відомим політологам, зокрема таким, як О. В. Бабкіна, В. М. Бебик, І. М. Варзар, В. П. Горбатенко, О. В. Картунов, В. О. Корнієнко, В. О. Котигоренко, І. О. Кресіна, С. М. Наумкіна, І. Г. Оніщенко, Г. М. Перепелиця, А. О. Сіленко, В. Ф. Смолянюк, М. В. Шаповаленко, Г. П. Щедрова, Л. Є. Шкляр, В. М. Якушик.

Велику повагу викликає значний внесок О. М. Мироненка в історію вчень про державу і право. Його наполегливе прагнення органічно вписати історію вітчизняної політико-правової думки до світової скарбниці пошуків гармонійного співіснування людини з природою, суспільством, державою, правлячою верхівкою знайшли відображення у фундаментальному навчальному посібнику для студентів юридичних та інших соціально-гуманітарних спеціальностей вищих навчальних закладів [6]. Його глибока ерудиція дозволила прослідкувати еволюцію вітчизняних вчень від первісних державно-правових уявлень пращурів українців до початку ХХІ ст. Вчений слушно вважав, що предмет історії вчень про державу і право має бути серед пріоритетів у процесі набуття юридичної спеціальності, оскільки принципи, методи і зміст цієї навчальної дисципліни допомагають уникати ідеалізації національно-специфічних підходів до розуміння державно-правового розвитку, сприяють органічному поєднанню унікального і особливого на рівні окремого соціуму й людської цивілізації загалом.

Окремого розгляду заслуговує науково-практична діяльність О. М. Мироненка на посаді судді Конституційного Суду України, де повною мірою розкрились його практичний досвід, знання філософа вищої кваліфікації, юридична освіта, а також досвід наукової роботи в академічному інституті. За дев'ять років роботи в суді, поряд із підготовленими ним доленосними рішеннями він у журналах «Вісник Конституційного Суду України», «Вісник Національної академії правових наук України», тижневику «Закон і Бізнес» глибоко висвітлив народження і процес становлення Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції, що покликаний гарантувати верховенство права і найвищу юридичну силу Основного Закону держави на всій території України; проаналізував світовий досвід розвитку конституційної юстиції з метою недопущення помилок та з'ясування основних напрямів і засобів їх розв'язання; довів визначний внесок вітчизняних правознавців у еволюцію ідей побудови правової держави, зміцнення судочинства, конституційної юрисдикції; показав основні шляхи підвищення ефективності вітчизняного конституційного правосуддя.

О. М. Мироненко, відчуваючи свою правоту у відстоюванні принципових питань, не зупинявся ні перед авторитетами, ні перед думкою більшості. Найдорожчою для нього була істина, яку він, до того ж, завжди глибоко обґрунтовував на високому філософсько-правовому рівні. Найвиразніше зазначене

відобразилось у процесі скасування смертної кари в Україні рішенням Конституційного Суду від 29 грудня 1999 р. [7]. Не погодившись із таким рішенням, О. М. Мироненко публічно висловив альтернативний погляд на проблему й навіть ряд контраргументів, відповідно до яких скасування смертної кари в Україні на вимогу Ради Європи є поспішною й недостатньо вмотивованою акцією з погляду історичного поступу українського суспільства та наявної світової судової практики. Спираючись на ідеї природного права, він, зокрема, стверджував, що релігійна формула «Не убий!» адресована злочину, а не покаранню. На думку вченого, важливою ознакою справедливого суду є невідворотність покарання, виявлення вимушеної жорсткості стосовно тих, хто переступили закон, брутально порушили основи людської моралі й порядку співіснування в суспільстві. Він спонукав колег глибше замислитися над питанням про цінність людського життя й про те, чи всяке життя можна вважати абсолютною цінністю. На його переконання, серійні вбивства, убивства з особливою жорстокістю позбавляють людей, які вчинили ці злочини, права на подальше життя. І це не суперечить жодному з приписів природного права [8].

Визначне місце у творчому доробку О. М. Мироненка останніх десятиліть його життя посідає велика серія робіт, присвячених історії конституціоналізму та конституційній юстиції. Зокрема, одним із головних його наукових досягнень є фундаментальна монографія «Конституційний суд України: історія і сучасність, доктрина і практика», видана у 2011 р. [9], яка принесла йому реноме «першого літописця» Конституційного Суду України. Незважаючи на тривалу боротьбу з важкою хворобою, Олександр Миколайович до останнього подиху був найприскіпливішим критиком і найпалкішим вболівальником Конституційного Суду України, у своїх наукових працях і публічних виступах об'єктивно аналізував кожне його суспільно вагоме рішення. При цьому він був противником рафінованого юспозитивізму, намагався до кожної теоретичної чи практичної проблеми підходити насамперед із позиції природного права.

Колеги щиро любили і поважали Олександра Миколайовича як знаного вченого, судового діяча з державницьким мисленням, толерантну, далекоглядну та щирю людину, тактовного й мудрого вихователя багатьох науковців, сильну особистість, вірного товариша. Світла пам'ять про нього назавжди залишиться в наших серцях.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Мироненко* Олександр Миколайович: до 60-річчя від дня народження і 35-річчя наукової діяльності / упоряд. і авт. вступ. ст. В. П. Горбатенко ; відп. ред. Ю. І. Римаренко. — К., 2020. — 168 с.
2. *Мироненко А. Н.* Борьба за мир и глобальные проблемы современности / А. Н. Мироненко. — Киев, 1985. — 316 с.
3. *Мироненко О. М.* Більшовицький уряд України (1917–1924) / О. М. Мироненко, І. Б. Усенко, В. А. Чехович. — К., 1994. — 306 с. — Деп. у ДНТБ України № 417 — Ук 95 17.02. 1995. Анот. в бібліогр. покажчику: Новая литература по социальным и гуманитарным наукам. Государство и право. — М., 1995. — С. 132, библи. поз. 1711.
4. *Політологічний* енциклопедичний словник : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. — К. : Генеза, 1997. — 400 с.
5. *Політологічний* енциклопедичний словник / упоряд. В. П. Горбатенко ; за ред. Ю. С. Шемшученка, В. Д. Бабкіна, В. П. Горбатенка. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Генеза, 2004. — 736 с.

6. *Мироненко О. М.* Історія вчень про державу і право: навч. посіб. / О. М. Мироненко, В. П. Горбатенко. — К. : ВЦ «Академія», 2010. — 456 с.
7. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) // Вісн. Конституц. Суду України. — 2000. — № 1. — С. 16–21.*
8. *Мироненко О. М.* Відміна смертної кари — плід юридичної еквилібристики / О. М. Мироненко // Сільські вісті. — 2000. — 18 січ.
9. *Мироненко О. М.* Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика / О. М. Мироненко. — К. : Київська правда, 2011. — 910 с.

Пам'яті Олександра Миколайовича Мироненка: життєвий шлях і наукова спадщина видатного вченого-юриста

Анотація. Проаналізовано життєвий шлях і творчу спадщину професора О. М. Мироненка, його внесок у дослідження глобальних проблем сучасності, державного суверенітету України, розвитку і вдосконалення суспільно-політичних відносин, історії і теорії конституційної юстиції, широкого спектру історико-правових проблем.

Ключові слова: О. М. Мироненко, історико-правова наука, Конституційний Суд України, філософські проблеми, державний суверенітет, політична наука, конституційна юстиція.

Памяти Александра Николаевича Мироненко: жизненный путь и научное наследие выдающегося ученого-юриста

Аннотация. Проанализированы жизненный путь и творческое наследие профессора А. Н. Мироненко, его вклад в исследования глобальных проблем современности, государственного суверенитета Украины, развития и усовершенствования общественно-политических отношений, истории и теории конституционной юстиции, широкого спектра историко-правовых проблем.

Ключевые слова: А. Н. Мироненко, историко-правовая наука, Конституционный Суд Украины, философские проблемы, государственный суверенитет, политическая наука, конституционная юстиция.

In Memory of Olexandr Myronenko: Course of Life and Scientific Heritage of the Outstanding Legal Scholar

Summary. The life and creative heritage of Professor O. Myronenko, his contribution to the study of global problems, Ukraine's state sovereignty, development and improvement of social and political relations, history and theory of constitutional justice, a wide range of historical and legal problems are analyzed in this article.

Key words: O. Myronenko, historical and legal science, the Constitutional Court of Ukraine, philosophical problems, state sovereignty, political science, constitutional justice.

В. ГОРБАТЕНКО

*доктор політичних наук, професор,
заступник директора
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України*

І. УСЕНКО

*кандидат юридичних наук, професор,
завідувач відділу історико-правових досліджень
(Інститут держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України)*

СИСТЕМАТИЧНИЙ ПОКАЖЧИК СТАТЕЙ І МАТЕРІАЛІВ, НАДРУКОВАНИХ У ЖУРНАЛІ В 2012 ТА 2013 рр.

РАБІНОВИЧ П., МАКСИМОВ С. Концепція журналу «Філософія права і загальна теорія права».....	1/2012 *	6 **
МАКСИМОВ С. Вступне слово головного редактора.....	1/2012.....	9
МАКСИМОВ С. Вступне слово головного редактора.....	2/2012.....	9
МАКСИМОВ С. Вступне слово головного редактора.....	1/2013.....	11
МАКСИМОВ С. Вступне слово головного редактора.....	2/2013.....	9

СУЧАСНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ

АЛЕКСІ Р. (<i>Кіль, Німеччина</i>). Нормативність, метафізика та рішення	1/2012.....	27
ПЕТРИШИН О. (<i>Харків</i>). Праворозуміння у вітчизняній теорії права: загальносоціальний контекст	1/2012.....	37
СІММОНДЗ Н. (<i>Кембридж, Велика Британія</i>). Рефлексивність та ідея права.....	1/2012.....	13
СІММОНДЗ Н. (<i>Кембридж, Велика Британія</i>). Рефлексивність та ідея права.....	1/2012.....	61
СТОВБА О. (<i>Харків</i>) Темпоральна онтологія права. Прологомени.....	2/2012.....	95
КОЗЛОВСЬКИЙ А. (<i>Київ</i>) Праворозуміння: буття-в-собі, буття-для-себе, буття-для-іншого (досвід феноменологічного аналізу)	2/2012.....	84
ЛЕМАК В., СЕМЕРАК О. (<i>Ужгород</i>). Право та закон: співвідношення в теоретичному і практичному сенсах	1/2012.....	60
МЕЛКЕВІК Б. (<i>Квебек, Канада</i>) Поняття права та сучасна філософська рефлексія	2/2012.....	73
МЕЛКЕВІК Б. (<i>Квебек, Канада</i>) Постмодернізм, право та «прощання з розумом». Критика постмодерної правової концепції	2/2013.....	215
РАБІНОВИЧ П. (<i>Львів</i>) Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння)	1/2013.....	150
РАБІНОВИЧ С. (<i>Львів</i>). Некласичні природно-правові підходи у філософсько-правовій думці сучасної України	1/2012.....	50

МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

АЛЕКСІ Р. (<i>Кіль, Німеччина</i>) Розумність права.....	2/2013.....	229
АНТОНОВ М. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Теоретичні альтернативи систематизації права	2/2013.....	240

* Номер журналу.

** Сторінка.

ЗІРК-САДОВСКИ М. (Лодзь, Польща) Завдання герменевтичної філософії права	2/2012.....	102
ПЕРМ'ЯКОВ Ю. (Самара, Росія) Невловима реальність права	1/2012.....	85
САТОХІНА Н. (Харків) Правова герменевтика між універсалізмом і контекстуалізмом	1/2013.....	169
СТОВБА О. (Харків) Істина як онтологічний фундамент юриспруденції	1/2012.....	101
ТАРАСОВ М. (Єкатеринбург, Росія) Юридична наука та наукова раціональність (до питання про філософсько-методологічне самовизначення юриспруденції)	1/2012.....	68
ТИХОМИРОВ О. (Київ) Компаративізм як підґрунтя філософії права в пост-постмодерністському контексті.....	1/2012.....	94
ЧЕСТНОВ І., ІВІНА М. (Санкт-Петербург, Росія) Методологія історико-правової науки в ситуації посткласики	2/2012.....	115
ЧЕСТНОВ І. (Санкт-Петербург, Росія) Практичний поворот в юридичній теорії	1/2012.....	77
СПІВВІДНОШЕННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА І ТЕОРІЇ ПРАВА		
КОЗЮБРА М. (Київ) Співвідношення філософії і загальної теорії права: історія і сучасність	1/2012.....	107
ВАРГА Ч. (Будапешт, Угорщина) Філософія права, теорія права і майбутнє теоретико-правової думки.....	1/2012.....	116
ПРАВА ЛЮДИНИ І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В СУЧАСНОМУ СВІТІ		
Верховенство права: проблеми теорії та практики		
ВАРГА Ч. (Будапешт, Угорщина) Верховенство права, або Дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування	1/2013.....	48
ВЕСТЕРМАН П. (Гронінген, Нідерланди) Верховенство права як юридичне обличчя держави	2/2013.....	176
ГОРОБЕЦЬ К. (Одеса) Верховенство права як ціннісно-нормативний феномен.....	2/2013.....	207
ДВОРКІН Р. (Нью-Йорк, США; Лондон, Велика Британія) Верховенство права	1/2013.....	15
КРІГЕР М. (Сідней, Австралія) Після короткого ХХ століття: глобальний поступ верховенства права	2/2013.....	155
ПОГРЕБНЯК С. (Харків) Верховенство права в Україні: передумови та перспективи	1/2013.....	29
ПОЛЯКОВ А. (Санкт-Петербург, Росія) Верховенство права, глобалізація та проблеми модернізації філософії і теорії права	2/2013.....	194
СМОРОДИНСЬКИЙ В. (Харків) Держава у системі координат верховенства права.....	1/2013.....	37
ТУОРИ К. (Гельсінкі, Фінляндія) Спільне у сутності верховенства права і правової держави.....	1/2013.....	24
УВАРОВА О. (Харків) Принцип верховенства права в судовій практиці України.....	1/2013.....	65

ЧАРНОТА А. (Сідней, Австралія) Про яскравий випадок невизначеності, або Правосуддя перехідного періоду і верховенство права.....2/2013.....185

Права людини: філософські та загальнотеоретичні проблеми

АЛЕКСІ Р. (Кіль, Німеччина) Теорія дискурсу та права людини.....1/2013..... 73

БИТЯК Ю., ЯКОВЮК І. (Харків) Права і свободи людини в умовах глобалізації2/2013..... 80

ГІБУРГ Р. (Буенос-Айрес, Аргентина) Про права1/2013..... 99

ГОРН Н. (Кельн, Німеччина) Права людини: філософське обґрунтування та юридичний вимір.....2/2013..... 13

ГУДИМА Д. (Львів) Чи існує взаємозв'язок між підтриманням авторитету Страсбурзького суду та звуженням можливостей на звернення до нього?.....1/2013.....135

КЕМПБЕЛЛ Т. (Канберра, Австралія) Права людини: демократичний шлях2/2013..... 33

КІРСТЕ С. (Зальцбург, Австрія) Право людини на демократію як наріжний камінь права.....2/2013..... 51

ЛЕМАК В. (Ужгород) Основні права людини як джерело права: постановка питання2/2013..... 73

МАКСИМОВ С. (Харків) Універсальність прав людини.....1/2013.....110

МАЛЬКО О., НИРКОВ В. (Саратов, Росія) Теоретико-методологічні засади формування концепції правозахисної політики.....2/2013.....135

МОЇСЕЄВ С. (Новосибірськ, Росія) Сучасна теорія прав людини: ліберальні та комунітаристські підходи1/2013.....118

ПАНЧЕНКО В., ПЕТРОВ О. (Красноярськ, Росія) Юридичні перешкоди в реалізації та захисті прав і законних інтересів: поняття й види2/2013.....147

ПОГГЕ Т. (Нью-Гейвен, США) Чи порушуємо ми права бідних у світі?2/2013.....94

ХРИСТОВА Г. (Харків) До питання про формування доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини2/2013.....124

ФІЛОСОФІЯ І ТЕОРІЯ ПРАВОСУДДЯ

ГАДЖИЄВ Г. (Санкт-Петербург, Росія) Офіційне тлумачення Конституції: поєднання онтологічного й епістемологічного підходів.....2/2012..... 14

СМОРОДИНСЬКИЙ В. (Харків) Концепт правосуддя в західній філософсько-правовій думці2/2012..... 39

ПОГРЕБНЯК С. (Харків) Принцип пропорційності у судовій діяльності.....2/2012..... 49

ТИТОВ В. (Харків) Філософські проблеми компенсаційного правосуддя у трактуванні Джанні Томпсон.....2/2012..... 56

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ АКСІОЛОГІЇ

БЕХРУЗ Х. (Одеса) Універсалізм і релятивізм цінностей у контексті діалогу правових культур.....2/2012.....128

ГРАФСЬКИЙ В. (Москва, Росія) Законність і справедливість як сталі ціннісні очікування та орієнтири в історії законодавства і правознавства.....	2/2012.....	139
ОБОРОТОВ Ю. (Одеса) Від ціннісної характеристики до формування аксіометрії права і держави	1/2012.....	150
САМОХІНА К. (Санкт-Петербург, Росія) Ідея цінностей у концепції неориторики та її відображення в сучасній філософії права (ремарки до статті П'єра Шлага).....	1/2012.....	131
ШЛАГ П. (Колорадо, США). Загальнолюдські цінності у постсучасному світі	1/2012.....	137
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ АНТРОПОЛОГІЇ		
ЗЕЄЛЬМАН К. (Базель, Швейцарія) Особистість і привинення: від Просвітництва до філософії ідеалізму	2/2012.....	156
МАКСИМОВ С. (Харків) Антропологічні основи права	2/2012.....	148
ПАВЛОВ В. (Мінськ, Білорусь) Особистість у праві в посткласичній перспективі: абрис концепції	2/2012.....	166
ПРАВА ЛЮДИНИ		
КІРСТЕ С. (Зальцбург, Австрія) Транспозитивні основи позитивних прав людини.....	2/2012.....	178
ОНІЩЕНКО Н. (Київ) Права людини в нових правових реаліях: тендерний вимір.....	1/2012.....	159
ТОКАРЧИК Р. (Люблін, Польща) Про необхідність трансформації концепції прав людини у концепцію прав життя.....	2/2012.....	196
ФУЛЕЙ Т. (Київ) Розуміння обов'язку держави за статтею 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: проблемні моменти	2/2012.....	234
ШЕВЧУК С. (Київ) Конституційний захист соціальних виплат як права власності: порівняльно-правовий аналіз	2/2012.....	196
ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА		
ЛИТВИНОВ О. (Луганськ) Право як феномен культури у концепції Г. Гінса	2/2012.....	268
ЛЮ І. (Далянь, Китай) Аналіз актуальних тем у сучасній юриспруденції Китаю	2/2012.....	259
ОНІЩЕНКО Н. (Київ) Право й економіка: взаємовплив і паритетні начала розвитку	2/2012.....	249
ОНІЩЕНКО Н. (Київ) Стратегія і тактика законотворчості: проблеми ефективності	2/2013.....	261
СМОРОДИНСЬКИЙ В. (Харків) Зміст і межі регулювання людської діяльності правом	2/2013.....	253
Дискусія: Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права?		
РАБІНОВИЧ П. (Львів) Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права? (Запрошення до дискусії)	1-2/2014.....	245

ДАМІРЛІ М. (<i>Одеса</i>) Квантори «загальності» загальної теорії права	2/2013	267
МЕРЕЖКО О. (<i>Київ</i>) До питання про можливість створення універсальної теорії права.....	1/2013	180
МИКІЄВИЧ М., Мотиль В. (<i>Львів</i>) Концептуальні основи права ЄС у контексті формування універсальної теорії права.....	2/2013	283
СПЕКТОР О. (<i>Буенос-Айрес, Аргентина</i>) Незастосовність ідеальної моралі у міжнародному праві	1/2013	191
ТАРАСОВ О. (<i>Харків</i>) Правова персонологія: досвід побудови загальної концептуальної основи національного та міжнародного права	2/2013	276
ЧЕСТНОВ І. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Універсальність права в контексті культурного релятивізму	1/2013	183
ЯКОВІЮК І. (<i>Харків</i>) Система джерел права Європейського Союзу: загальна характеристика	1/2013	209

ПРАВО І ДЕРЖАВНА ВЛАДА

СМОРОДИНСЬКИЙ В. (<i>Харків</i>) Право і державна влада: проблема легітимності	1/2012	167
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харків</i>) Концепції <i>good governance</i> та <i>good administration</i> (міжнародний, європейський та національний досвід).....	1/2012	177

ПРАВОВА КУЛЬТУРА І ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ

ВОВК Д. (<i>Харків</i>) Християнська правова традиція: до визначення поняття	1/2012	191
ВОВК Д. (<i>Харків</i>) Про релігійну традицію у праві	1/2013	234
ЛИТВИНОВ О. (<i>Луганськ</i>) Філософсько-правова концепція А. Вайшвілі: Сучасний варіант правового персоналізму	1/2012	199
ЛИТВИНОВ О. (<i>Луганськ</i>) Роль теорій природного права у створенні сучасного світу (до питання про «другий осьовий час»)	1/2013	221
ЛИТВИНОВ О. (<i>Луганськ</i>) Щодо культурно-історичних аспектів взаємовідношення техніки і права	2/2013	288
МАКСИМОВ С., САТОХІНА Н. (<i>Харків</i>) Право у пошуках читача (Відсутня правова реальність Франца Кафки)	2/2013	299

ФІЛОСОФСЬКІ І МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК ТА ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ

КАРТАШЕВА А. (<i>Єкатеринбург, Росія</i>) Філософський смисл класичної та некласичної концепцій авторського права	1/2013	260
НОСІК В. (<i>Київ</i>) Методологічні та теоретичні основи правової ідеології земельної реформи в Україні	1/2012	209
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харків</i>) Транслявання конституційних цінностей на галузевий рівень (на прикладі фінансового права)	2/2013	306
РУЇЗ МАНЕРО О. (<i>Аліканте, Іспанія</i>) Два партикулярністичних підходи до балансування конституційних принципів.....	1/2013	248

ТРУТЕНЬ В. (Чернівці) Правіжний склад і принцип матеріальної експертизи2/2012.....277

ПРОБЛЕМИ ФУНДАМЕНТАЛЬНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ

РАБІНОВИЧ П. (Львів). Вступ до навчального курсу «Загальна теорія права і держави»1/2012.....265

СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА

БУРЛАЙ Є. (Київ) Конфлікт і право.....1/2012.....215

БУРЛАЙ Є. (Київ) Конфлікт і договір2/2012.....288

БУРЛАЙ Є. (Київ) Конфлікт і суд.....1/2013.....268

БУРЛАЙ Є. (Київ) Конфлікт і закон.....2/2013.....320

ВЕТЮТНЄВ Ю. (Волгоград, Росія) Контури революційного юридичного досвіду2/2013.....336

МЕРЕЖКО О. (Краків, Польща) Соціологія радянської держави, права та правосвідомості у вченні М. С. Тимашева2/2012.....304

ЮРИДИЧНА ЛОГІКА, ЮРИДИЧНА АРГУМЕНТАЦІЯ, МОВА

БАЛИНСЬКА О. (Львів) Творення та споживання правових знаків2/2012.....341

БОЧАРОВ Д. (Дніпропетровськ) Загальна теорія знаків Ч. С. Пірса та теорія доказів: точки перетину.....1/2013.....293

ВАЙШВІЛА А. (Вільнюс, Литва) Про деякі антиномії правового мислення.....2/2012.....317

ОГЛЕЗНЄВ В. (Томськ, Росія) Свобода, право, мова: концептуальний взаємозв'язок2/2012.....334

ЮРКЕВИЧ О. (Харків) Практична логіка юристів: мереологічний підхід.....1/2012.....234

ЗАРУБІЖНІ КОНЦЕПЦІЇ ФІЛОСОФІЇ, СОЦІОЛОГІЇ ТА ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА ХХ–ХХІ СТ.

КАСАТКІН С. (Самара, Росія) Позитивізм в англо-американській філософії права. Вчення Герберта Л. А. Харта1/2013.....300

МЕРЕЖКО О. (Київ) Психологічний напрям в європейській науці права ХХ століття.....1/2013.....314

ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ

До 130-річчя від дня народження Ганса Кельзена

Ганс Кельзен – видатний австро-американський юрист з українським корінням.....1/2012.....244

АНТОНОВ М. (Санкт-Петербург, Росія) Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок.....1/2012.....250

АБАШНІК В. (Харків) Поняття «грунтова норма» у Ганса Кельзена1/2012.....257

До 150-річчя від дня народження Євгена (Ойгена) Ерліха

Кілька слів про життя і творчість Ойгена Ерліха.....2/2012.....350

АНТОНОВ М. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Ойген Ерліх про закон і правосуддя	2/2012.....	356
Конференція на батьківщині Є. Ерліха з нагоди його 150-річчя (27–29 вересня 2012 р., Чернівці).....	2/2012.....	369
АНТОНОВ М. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Творчий шлях та правове вчення Ганса Кельзена	1/2013.....	345
ГЕСТ С. (<i>Лондон, Велика Британія</i>) Єдність і смисл у теорії права Рональда Дворкіна	1/2013.....	354
КАУФМАН А. (<i>Мюнхен, Німеччина</i>) Попередні зауваження щодо правової логіки та онтології відносин. Засади правової теорії, заснованої на понятті персони	1/2013.....	329
СТОВБА О. (<i>Харків</i>) Філософія права Артура Кауфмана: у пошуках «третього шляху»	1/2013.....	322
ОВЧИННИКОВА Н. (<i>Самара, Росія</i>) Філософсько-правові погляди Є. Трубецького (короткі роздуми з нагоди 150-річчя від дня народження видатного мислителя)	2/2013.....	350
НАШІ ПАРТНЕРИ		
ВЕРЕЩАГІН В., МОРДОВЦЕВ А. (<i>Ростов-на-Дону, Таганрог, Росія</i>) Журнал «Філософія права» в російському інтелектуальному житті.....	2/2012.....	371
МАЛЬКО О. (<i>Саратов, Росія</i>) Науковий журнал «Правова політика і правове життя»	2/2013.....	346
ПОЛЯКОВ А. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Сучасний дискурс із проблем юридичної науки на сторінках «Російського щорічника теорії права»	1/2012.....	272
НАУКОВЕ ЖИТТЯ		
Міжнародний симпозіум «Норми та нормативні системи у філософії, праві та інформатиці» (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>).....	1/2012.....	277
Людина юридична з точки зору вічності: огляд VI філософсько-правових читань пам'яті академіка В. С. Нерсесянца (<i>Москва, Росія</i>).....	1/2012.....	279
Подія у науковому житті країни: VII Міжнародний «круглий стіл» з антропології права (<i>Львів</i>)	1/2012.....	281
Актуальні грані правової аксіології (<i>Одеса</i>)	1/2012.....	283
Правове виховання як умова формування правової культури в сучасному соціумі: Всеукраїнська науково-практична конференція (16 травня 2012 р., Харків)	2/2012.....	374
«Філософія прав людини»: п'ята сесія Міжнародної програми підтримки вищої освіти (15–29 липня 2012 р., Львів, Перемишль, Польща)	2/2012.....	377
Енциклопедія правознавства чи інтегральна юриспруденція? Проблеми вивчення і викладання: щорічна конференція, присвячена пам'яті В. С. Нерсесянца (2 жовтня 2012 р., Москва, Росія).....	2/2012.....	379

Філософські, методологічні та психологічні проблеми права (V Міжнародна науково-теоретична конференція): дискусія триває (17 листопада 2012 р., Київ)	2/2012.....	381
Восьмий міжнародний круглий стіл з антропології права у Львові: продовження традиції (7–8 грудня 2012 р., Львів).....	2/2012.....	384
Пошук нових філософсько-методологічних орієнтирів порівняльно-правових досліджень: V Міжнародна наукова конференція «Компаративістські читання» (26–28 квітня 2013 р., Одеса)	1/2013.....	370
Міжнародний симпозіум «Філософія і сучасне міжнародне право» (13–14 травня 2013 р., Санкт-Петербург, Росія)	1/2013.....	373
Правове виховання в контексті соціокультурного розвитку сучасної України: Всеукраїнська науково-практична конференція «Теоретичні та практичні проблеми правового виховання в соціокультурному знанні» (15 травня 2013 р., Харків).....	1/2013.....	376
Міжнародна наукова конференція «Світ людини: нормативний вимір-3» (13–15 червня 2013 р., Саратов, Росія)	1/2013.....	378
XXVI Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах» (21–26 липня 2013 р., Белу-Орізонті, Бразилія).....	1/2013.....	380
Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах: XXVI Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії (21–26 липня 2013 р., Белу-Орізонті, Бразилія).....	2/2013.....	358
Право і література: VIII філософсько-правові читання пам'яті академіка В. С. Нерсесянца (2 жовтня 2013 р., Москва, Росія).....	2/2013.....	367
Міжнародний проблемний семінар «Класична і посткласична методологія юридичної науки» (1–2 листопада 2013 р., Мінськ, Білорусь)	2/2013.....	370
ОБГОВОРЕННЯ, РЕЦЕНЗІЇ, ПРЕЗЕНТАЦІЇ ЛІТЕРАТУРИ		
На шляху до нового розуміння права (рецензія О. Стовби на монографію І. Честнова «Посткласичне праворозуміння»)	2/2012.....	388
Компроміс і конфлікт у праві (рецензія С. Погребняка на монографію С. Бобровник «Компроміс і конфлікт у праві: антрополого-комунікативний підхід до аналізу»).....	2/2012.....	390
Суд – не осуд, а на розсуд. Справедливий суд... (рецензія Д. Бочарова на монографію В. Бігуна «Філософія правосуддя: ідея та здійснення»)	2/2012.....	394
Назад... у майбутнє? (рецензія О. Стовби на монографію О. Мережка «Психологічна теорія міжнародного права (публічного і приватного)») ..	2/2012.....	397
Вагомі аргументи на захист необмеженого зв'язку права і моралі (огляд О. Лаптева монографії Р. Алексі «Поняття і дійсність права (відповідь юридичному позитивізму)»).....	2/2012.....	400

Юридичні фільми у світлі філософії права (огляд книги В. Бігуна «Юридичні фільми. Навчальний кіногід про право і юристів»)	2/2012	402
Нормативні системи (рецензія В. Смородинського на збірку перекладів праць К. Альчуррона та Є. Булигіна «“Нормативні системи” та інші праці з філософії права та логіки норм»)	1/2013	383
Чи дійсна юридична дійсність? (рецензія О. Стовби на монографію Г. Гаджієва «Онтологія права (критичне дослідження юридичного концепту дійсності)»)	1/2013	385
Актуальне дослідження комплексу аксіологічних ідей у філософії права та загальнотеоретичній юриспруденції (рецензія С. Максимова на монографію К. Горобця «Аксіосфера права: філософський і юридичний дискурс»)	1/2013	389
Уроборос II, або Прологомени до семіотики права (рецензія Д. Бочарова на монографію О. Балинської «Семіотика права»)	1/2013	392
Свобода і демократія: питання сумісності (обговорення книги В. Речицького «Політичний предмет конституції»).....	2/2013	374
Цінність форми чи формальна цінність? (рецензія О. Стовби на монографію Ю. Ветютнева «Аксіологія правової форми»)	2/2013	384
Актуальне дослідження особливостей державно-правового розвитку в умовах європейської інтеграції (рецензія В. Ледеяєва на монографію І. Яковюка «Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз»)	2/2013	387
Природне праворозуміння: до відновлення методологічної традиції (рецензія О. Стовби на монографію Р. Гаврилюк «Методологічна традиція доктрини природного права»)	2/2013	391
Нетрадиційне навчальне видання з філософії права (рецензія А. Козловського на навчальний посібник П. Рабіновича «Філософія права»)	2/2013	396
Від класики до некласики: динамічна філософія права (презентація колективної монографії «Некласична філософія права: питання та відповіді»).....	2/2013	399
Новий крок у викладанні теорії держави і права (презентація підручника «Теорія держави і права»).....	2/2013	402

ПАМ'ЯТІ ВИДАТНОГО ФІЛОСОФА І ТЕОРЕТИКА ПРАВА

БАНЬКОВСКИ З. (<i>Единбург, Велика Британія</i>) Ніл Мак-Кормік	1/2012	286
---	--------	-----

IN MEMORIAM

Пам'яті Рональда Дворкіна	1/2013	396
Пам'яті іноземного члена НАПрН України, члена-кореспондента РАН Сергія Сергійовича Алексеєва.....	1/2013	400
Метою його життя та наукової діяльності було служіння праву, досягнення торжества права у суспільстві (Світлій і незабутній пам'яті професора С. С. Алексеєва — видатного вченого).....	1/2013	403

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

1. Статті, що надсилаються до редакції журналу «Філософія права і загальна теорія права» (додаток до журналу «Право України»), відповідно до постанови Президії Вищої атестаційної комісії України № 7-05/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», повинні містити такі елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

2. Загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотація, ключові слова), як правило, не повинен перевищувати 12 сторінок (*Times New Roman*; кегль 14; інтервал 1,5).

Після використаних матеріалів подаються розширені анотації (6–8 речень) та ключові слова трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотації мають містити, зокрема: прізвище, ім'я та по батькові автора, назву статті.

3. До статей аспірантів, ад'юнктів і здобувачів наукового ступеня має додаватися рекомендація наукового керівника, засвідчена належним чином.

4. Список використаних матеріалів формується у тій послідовності, в якій подаються посилання по тексту статті. Під одним порядковим номером у використаних матеріалах зазначається лише одно джерело. Не допускається повтор одних і тих самих джерел під різними порядковими номерами. Цифрові посилання у тексті статті [у квадратних дужках] обов'язково повинні збігатися з відповідними номерами у використаних матеріалах.

5. У списку використаних матеріалів слід вказати:

- для періодичних видань — прізвище та ініціали автора статті, її назву, найменування та рік видання, номер, сторінки;
- для книг — прізвище та ініціали автора, назву книги, місто, видавництво та рік її видання, загальну кількість сторінок видання.

6. Статті та інші матеріали надсилаються електронною поштою у форматі *Word* на адресу **s_maximov@ukr.net**

До матеріалів необхідно додавати:

- інформаційну довідку про автора: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, адреса електронної пошти, контактний телефон;
- фото автора у форматі *Jpg* (не менш 100 kb; 300 dpi);
- копію квитанції про річну передплату на науковий журнал «Філософія права і загальна теорія права».

7. Стаття, подана до редакції без дотримання вимог, наведених у пунктах 1–6, опублікуванню не підлягає.

8. Статті публікуються на конкурсній основі. Під час прийняття рішення про публікацію перевага надається працям, які ще не оприлюднювалися українською мовою та містять нові ідеї, пропонують оригінальні підходи до вирішення нагальних наукових практично-значущих проблем.

Гонорар за публікацію не сплачується.

Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей.

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

**Додаток до юридичного журналу
«Право України»**

Науковий журнал

**ФІЛОСОФІЯ ПРАВА
І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА**

1–2/2014

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 18647-7447Р від 03.02.2012 р.

Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(протокол № 4 від 28 листопада 2014 р.)

Редагування і коректура *Г. Волкової*
Комп'ютерна верстка *Т. Михайленко*
Художнє оформлення *С. Харука*

Підп. до друку 22.12.2014. Формат 70 x 108¹/₁₆.
Папір офсетний. Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 48,65. Обл.-вид. арк. 42,58.
Зам. № 15-25.
Наклад 250 прим. Ціна договірна.

Передплату на науковий журнал
«Філософія права і загальна теорія права»
можна оформити безпосередньо
в редакції журналу «Право України» за адресою:
04107, Київ-107, вул. Багговутівська, 17–21
телефон для довідок:
+380(44) 537-51-00

Віддруковано у **ПАТ «ВІПОЛ»**
Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців,
виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4404 від 31.08.2012 р.