

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 посилатись 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 Подлех 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 прямий 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.