

доброчливість, щедрість душі, великий життєвий досвід, різнобічні знання і висока ерудиція поєднані в ньому з мудрістю, вимогливістю та авторитетом керівника. Всім цим Володимир Володимирович здобув любов і повагу викладачів, співробітників, студентів та випускників академії. Він заслужено користується авторитетом колег інших навчальних закладів, працівників правоохоронних органів та державного апарату.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія “Вісника Академії правових наук України” щиро вітають **Володимира Володимировича Сташиса** з славним ювілеєм, бажають йому довголіття, міцного здоров’я, нових звершень та людського щастя.

### **ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД**

**С. Максимов**, доцент

*НЮА України*

#### **Виправдання позитивізму**

#### **(до аналізу концепції права Х. Харта)**

У центрі сучасних дебатів про природу права в західній юриспруденції протягом майже сорока років перебуває книга видатного оксфордського філософа права Хьюберта Харта (1907–1992) “Концепція права” (1961)<sup>1</sup>. Вихід цього класичного тексту українською мовою<sup>2</sup> — вагомий внесок у розвиток філософсько-правового дискурсу в Україні.

Аналіз книги Харта, основного сучасного представника правового позитивізму, дозволяє не тільки одержати правдиве уявлення щодо цього найвпливовішого напрямку в правовій теорії, а й наблизитися до розуміння природи права, вираженням глибинної суперечності якого і є спір між правовим позитивізмом і теорією природного права. Ця суперечність відбивається в антиномії правової теорії: право має визначатися безвідносно до справедливості (моралі) і право не може визначатися безвідносно до справедливості (відділене від моралі).

Виклад своєї концепції права Харт починає з постановки найфундаментальнішого питання філософії права і правознавства в цілому: “Що таке право?”, яке за різноманітністю і парадоксальністю відповідей можна порівняти хіба що з фундаментальним питанням

філософії: “Що таке людина?”. Щоб відповісти на це запитання, на думку Харта, необхідно розібратися з трьома ключовими питаннями, що постійно постають перед будь-яким дослідником права: що загального й у чому відмінність між правом та примусом, заснованим виключно на силі, з одного боку, і між правом та мораллю — з іншого, а також яка природа правил як засадничого елемента права?<sup>1</sup>

Найважливішим методологічним ходом для відповіді на ключові питання юриспруденції Харт обирає концептуальне розмежування права та моралі (розуміючи під правом існуюче позитивне право, а під мораллю — моральні принципи для оцінки права, тобто “природне право”). Таке розмежування як відмітна риса правового позитивізму йде від класиків цього напрямку І. Бентама і Дж. Остіна.

Позиція Бентама була сформульована на протигагу позиції В. Блекстоуна, який розглядав право як вираження і втілення природних прав. З погляду Бентама тут змішувалися два цілком різні питання: “що являє собою існуюче право як таке?” (завдання аналітичної юриспруденції) і “які дефекти існуючого права і шляхи їх подолання?” (завдання нормативної юриспруденції). Одночасно Бентам виступав проти будь-яких варіантів договірних теорій для моральної і політичної легітимації законодавчої влади. З його точки зору тут знову відбувається змішування питань “що таке право?” і “чи повинні ми йому підкорятися?”

Бентам, а слідом за ним і Остін вважали, що як законодавча влада, так і саме право мають розглядатися як соціальний факт, поза всяким зв'язком з питаннями, що належать до сфери моралі. Сутність такої *фактичності* — у тлумаченні права як сукупності команд, що виходять від вищого законодавчого органу-суверену, а сама суверенність виражалася у звичці основної маси населення підкорятися його командам.

Харт хоча й критикував хиби теорії Бентама і Остіна, але зберігав у недоторканності основні принципи позитивізму: будував свою теорію на підставі розмежування права та моралі, розглядаючи право як соціальний факт (як те, що звичайно трапляється), не наділяючи його ні моральними, ні метафізичними (понад-емпіричними) якостями. Причому це розмежування включає дві різні ідеї: 1) критерієм віднесення правила до права є не те, справедливе воно чи ні, а те, чи впливає воно з певного джерела, яким є закон або

прецедент; 2) закон не може розглядатися як такий, що морально зобов'язує, а юридичні права й обов'язки не можуть розглядатися як різновид моральних прав. Отже, і з питання про сутність права, і з питання про його зобов'язуючу силу ми не можемо звертатися до моральних аргументів.

Таким чином, якщо позитивісти намагаються послідовно розділити питання “що є право?”, “яким воно має бути?” і “чи повинні ми йому підкорятися?”, то з позицій анти-позитивістської теорії без постановки питання про моральну обґрунтованість права і його зобов'язуючу силу неможливо сказати, що собою являє право.

Внесок Харта в розвиток розуміння природи права можна уявити як низку нових теоретичних положень, що представлені у вигляді опозицій: а) зовнішня і внутрішня точки зору; б) первинні й вторинні правила (до-правовий і правовий світ); в) рефлексивна і нерефлексивна точки зору стосовно правил; г) лінгвістичні невизначеність і визначеність; г) формальна і змістовна справедливість; д) мінімум і максимум у праві; е) двоїстість самого позитивізму.

*А. Зовнішня і внутрішня точки зору.* Відмінність неопозитивізму Харта від класичного позитивізму Остіна полягає в переході від поняття наказу до поняття правила. Цей перехід є зміною парадигми права. Він виявився можливим завдяки введенню відмінності між “зовнішнім аспектом” і “внутрішнім аспектом” поведінки людей. Зовнішній аспект — це регулярна поведінка, або сукупність зразків поведінки, що спостерігаються, як, наприклад, те, що велика кількість людей щосуботи ходять у кінотеатр, або те, що автомобілісти зупиняються на червоне світло. Внутрішній аспект — це прийняте людьми правило, що розглядається як причина для дії, як покладення обов'язку або надання права, як відповідна основа для оцінки і критики поведінки, як стандарт, що його слід виконувати. У першому випадку за “регулярною” (повторюваною) поведінкою не стоїть правило, що зобов'язує ходити в кіно щосуботи. В другому випадку наявне *прийняте* правило, що вимагає зупинитися на червоне світло.

Якщо розглядати право тільки із зовнішньої точки зору, тобто як спостерігача, що описує видиму сторону подій, то картина права може бути редуційована до простих і чітких моделей поведінки. Тоді

правовий обов'язок прямо виводиться з природи застосування санкції. Це можна спостерігати в теорії Остіна, де соціальний факт — звичне підкорення основної маси населення наказам суверена є вираженням смислу правової норми. Харт же заперечує Остіну, вважаючи, що з обов'язком ми маємо справу не тоді, коли існує загроза санкції (наприклад, віддати гроші бандиту), а коли мається на увазі певне правило як стандарт, який слід виконувати. Коли суддя посилається на обов'язок відповідача як на причину для примусу його до сплати збитків, суддя має на увазі правило як виправдання свого рішення, а не попереджає про ймовірне застосування санкції, тобто орієнтується на внутрішню, а не зовнішню точку зору.

Відмінність цих аспектів Харт пояснює на підставі семантичних відмінностей мовних виразів “бути зобов'язаним” (зовнішня точка зору, можна бути зобов'язаним віддати гроші під загрозою застосування сили з боку бандита) і “мати обов'язок” (внутрішня точка зору, мати обов'язок сплачувати податки). З цих протилежних точок зору по-різному розглядається і недодержання норм: із зовнішньої — як “знак” покарання, що насувається, подібно до того, як хмари є знаком дощу, що от-от почнеться, і з внутрішньої — як “сигнали” того, що покарання *повинно* відбутися, подібно до того, як червоний сигнал світлофора є сигналом зупинитися (с. 93).

Зовнішня точка зору відтворює спосіб функціонування правил у житті тих членів суспільства, які не визнають його правил і цікавляться ними тільки тоді, коли вважають ймовірною для себе можливість покарання за їх порушення. Внутрішня ж точка зору відтворює спосіб функціонування правил у житті тих, хто становить більшість суспільства: посадових осіб (officials), правників або приватних осіб, що застосовують їх у тій чи іншій ситуації як орієнтири поведінки в суспільному житті, як підставу для претензій, вимог або визнання, критики або покарання, тобто в усіх звичайних справах життя за правилами. Вона ґрунтується на переконанні про те, що право *повинно бути обов'язковим*, але це “належне”, за Хартом, не носить характеру морального зобов'язання. У той же час основа законодавчої влади не у звичці підкорятися, як стверджував Остін, а в допущенні основного правила — “правила визнання” — яке дозволяє законодавцю успадковувати і дає йому повноваження на встановлення нових юридичних правил. Це правило існує з

внутрішньої точки зору — як надання прав і покладення обов'язків, як стандарт, який слід виконувати.

**Б. Первинні і вторинні правила.** Наступне відкриття Харта — виділення двох типів правил: “первинних” — таких, що покладають обов'язки, і “вторинних” — таких, що забезпечують можливості реального вибору (таких, що наділяють владою). Це відкриття дозволило йому піднятися над обмеженістю класичного позитивізму Бентама і Остіна, для яких всі закони являли собою обмеження свободи шляхом покладення обов'язків.

Перехід від систем, де існують тільки первинні правила, до систем, де поряд з первинними функціонують також вторинні правила, Харт називав переходом від до-правового до правового світу, а цей перехід за своєю цивілізаційною значущістю він порівнював з винаходом колеса. Завдяки доповненню первинних правил вторинними долаються основні дефекти простої соціальної структури: 1) невизначений характер норм — “правилом визнання”, яке забезпечує нас критерієм ідентифікації первинних правил, що вважаються обов'язковими; 2) їх статичний характер — “правилами зміни”, що стосуються публічної законодавчої влади та 3) неефективність — “правилами прийняття рішення” для авторитетного встановлення покарання.

Серед “вторинних” правил основним виступає “правило визнання”, тобто те, що забезпечує нас критерієм для визначення первинних правил, які вважаються обов'язковими. Це правило слугує ідентифікації фундаментального джерела права. Як відомо, для Великої Британії — це закон і прецедент.

**В. Правило визнання: зовнішній і внутрішній аспекти.** Зовнішній аспект правила визнання — регулярна поведінка, яка полягає в тому, щоб завжди вирішувати спори, звертаючись до правил, що походять із нормативних джерел (закон і прецедент). Внутрішній аспект цього правила полягає в тому, що воно сприймається як стандарт, який слід виконувати. В разі відсутності такого правила ми повинні були б регулювати нашу поведінку відповідно до власних концепцій справедливості і моральних прав. Коли соціально виправдані правила існують, наша моральна свідомість призводить нас до прийняття цих правил як керівних навіть тоді, коли ми вважаємо їх далекими від досконалості. Воно

забезпечує це простим посиланням на емпіричні факти (прийняті певним органом) без вираження яких-небудь моральних суджень.

Тому Харт запропонував такий критерій правової системи: "...твердження про існування якоїсь правової системи є дволикою констатацією, яка водночас стосується покори з боку звичайних громадян і схвалення посадовими особами вторинних правил як вирішальних загальних норм службової поведінки" (с. 118). Це означає, по-перше, що посадові особи повинні *приймати* і застосовувати основне правило визнання (*прийняття* правила означає "критичну рефлексивну позицію" внутрішньої точки зору); по-друге, що звичайні громадяни мають *підкорятися* первинним нормам (для них внутрішня точка зору не є обов'язковою). Харт не заперечує, що правова система, яка не ґрунтується на певному ступені прийняття з боку громадян, є морально неприйнятною і політично нестабільною; але ці моральні і політичні вимоги не є семантичними рисами поняття "правова система" як така.

Хоча в цілому надмірно висока роль посадових осіб робить право структурою за типом вертикалі (панування–підкорення), але сама теорія Харта належить до ліберальних теорій права, де важливе місце відводиться автономії особистості, незалежності її від чийх-небудь мимовільних суджень.

**Г. Концепція правил і мови: невизначеність і визначеність.** У дусі лінгвістичної філософії Харт намагається ввести аналогію моделі мови для розкриття структури права. У зв'язку з цим він розрізняє дві крайні позиції: формалістів і нормативних скептиків. Формалісти дивляться на закон як на стандарт, відповідно до якого за допомогою дедуктивної логіки приймаються рішення в будь-якій справі. Проте дана модель правозастосування неможлива внаслідок певних особливостей мови. Мова має *відкриту структуру*, тому жоден набір правил не може дати певних відповідей у кожній можливій справі. Правові скептики (американські реалісти) тлумачать правила і мову таким чином, начебто в них взагалі не міститься суть справи та її обумовленість. Але той факт, що поняття мають "присмерк невизначеності" не означає, що вони абсолютно позбавлені значення. Як слова мають суть стійких значень, так і правила мають суть постійного застосування: у деяких справах суддя вдається до

допомоги моралі та соціальної політики, але у більшості справ він змушений застосовувати встановлене юридичне правило.

Таким чином, з погляду хартівської лінгвістичної моделі права невизначеність і двоїстість феноменів, з якими має справу людина, ведуть до відкритої структури мови, в якій, проте, співіснують ядро стійкості і моменти нестійкості. Не можна ні про що казати з повною визначеністю, як не можна і стверджувати про цілковите безглуздя юридичного і будь-якого іншого дискурсу. Тому жодна з крайніх позицій в галузі правозастосування — ні формалізм (характерний для класичного позитивізму), ні нормативний скептицизм (характерний для американського реалізму) — не може претендувати на вичерпну істинність своєї позиції; формалізм здебільшого стосується “легких” випадків, у той час як нормативний скептицизм в основному стосується “важких” випадків.

**Г. Справедливість і право.** Харт не заперечує, що право в деяких своїх рисах пов’язане з мораллю. Проте теорія “природного права”, на його думку, надмірно “роздуває” момент цього зв’язку, в той час як правовий позитивізм визнає цей зв’язок лише в мінімальних розмірах, як факти, що не можна не визнати. У цьому відношенні позитивізм може бути названий “мінімальною теорією права”, тоді як теорія “природного права” — максимальною концепцією. Цей “мінімальний” момент виражається у двох основних аспектах: 1) у зв’язку між правом та формальною справедливістю; 2) в універсальному “моральному” моменті, який притаманний всім правовим системам.

Харт визнає справедливість моральною категорією і цінністю, що найбільшою мірою застосовується як для критичної оцінки поведінки людини з позицій певних правил, так і для критики цих правил. Так, ми оцінюємо як “несправедливий” такий вчинок людини, коли вона карає за той же самий проступок одну свою дитину більшою мірою, ніж інших. Так само і закон, який забороняє “кольоровому” населенню входити до парку або користуватися транспортом, називається “несправедливим”. Пріоритетність справедливості в оцінці правових засобів виражається в констатації того факту, що “...закон добрий, тому що справедливий ...але не те, що він справедливий, бо добрий” (с. 157).

Загальний принцип, який можна виявити, аналізуючи різні втілення ідеї справедливості, полягає в тому, що стосовно один одного люди мають право на певне відносне становище рівності або нерівності, відповідно до яких розподіляються тягарі або блага. Харт пише: “...справедливість традиційно вважалася тим, що підтримує або відновлює *рівновагу* чи *розмірність*...” (с. 158)<sup>1</sup>. В той же час у структурі ідеї справедливості він виділяє дві частини: 1) постійну частину, або формальну справедливість, принцип якої формулюється в такий спосіб: “тлумачити однакові випадки однаково, а різні — по-різному”; 2) перемінну частину, або змістовну (субстантивну) справедливість. Ця частина продиктована різними концепціями справедливості, що дають різні пояснення тому, які випадки вважати однаковими, а які — ні. Так, залежно від змістовної (субстантивної) концепції справедливості (критерію схожості або несхожості), що приймається, ми можемо здійснювати розподіл за потребами або за заслугами, при цьому погоджуючись з принципом формальної справедливості.

Два аспекти справедливості (змістовний і формальний) відбивають дві сторони проблеми справедливості в праві, що стосуються справедливості або несправедливості закону, з одного боку, і його застосування в конкретних справах — з іншого. Сутність формальної справедливості полягає в послідовному (тобто безсторонньому, об’єктивному) застосуванні правил. До числа принципів формальної справедливості входить і славнозвісне “ніхто не може бути суддею в своїй власній справі”. На ці принципи в Англії та Америці нерідко посилаються як на принципи “природної справедливості”.

Формальна справедливість вимагає певного критерію “однаковості” або “неоднаковості” випадків. А тут, як було показано, істотні відмінності в моральних і політичних поглядах можуть призвести до розбіжності стосовно того, які властивості людей слід вважати релевантними для критики закону як несправедливого. Разом з тим загальним моментом усіх сучасних концепцій справедливості є презюміювання однакового поводження з людьми і відмова в релевантній основі привілеїв та імунітетів, пов’язаних з національними і релігійними ознаками.



**Д. Мінімальний і максимальний зміст у праві.** Другий момент, за яким можна простежити зв'язок права і моралі, стосується універсальних характеристик будь-якої правової системи. Розуміючи під правовим позитивізмом “просте твердження, згідно з яким зовсім не є аксіомою, що закони відтворюють або задовольняють певні вимоги моралі, хоча фактично вони нерідко бувають такими” (с. 183–184), Харт протиставляє йому позицію класичних теорій природного права. Сутність її полягає у визнанні існування певних принципів людської поведінки, які розум людини ще повинен відкрити і з якими створений людиною закон необхідно співвіднести, щоб він мав юридичну чинність. Аргументи цих двох напрямків Харт зводить до таких апеляцій: “Ви сліпі, якщо не бачите цього”, — говорять прибічники природного права, “Вам це приснилося”, — одержують у відповідь від позитивістів.

Спір тут ведеться з питання про те, яка цінність розглядається як ціль або благо людини. Харт вважає, що всі твердження прибічників природного права типу “безкорисливе вдосконалення людського інтелекту” (Аристотель) або “знання Бога” (Ф. Аквінський) можуть бути оспорені. Якщо ж зупинитися на незаперечному ядрі цих тверджень, то таким є цінність *виживання*. При цьому виживання розглядається як емпіричний факт, як бажання жити, що відбивається в усіх структурах нашого мислення і мови.

Будь-яка соціальна організація, якщо вона хоче бути життєздатною, повинна додержуватися певних правил, що ґрунтуються на міркуваннях про деякі очевидні положення стосовно людської природи. Такі правила, підкреслює Харт, є загальним елементом у праві і моралі всіх розвинутих суспільств. Він пише: “Такі загально визнані принципи поведінки, що ґрунтуються на елементарних істинах стосовно людей, їхнього природного оточення та цілей, можуть розглядатися як *мінімальний зміст* природного права, на відміну від більш грандіозних та спірних конструкцій, які нерідко пропонувалися під цією назвою (с. 190).

Таким чином, правові системи можуть бути справедливими і несправедливими, але всім їм притаманний мінімальний універсальний елемент, який складається з правил, що роблять життя людини можливим, в той час як основні факти людської природи

роблять такі правила необхідністю. Цей загальний елемент правових систем, що виражає природну необхідність, включає такі факти.

(1) *Людська вразливість*. Спільні вимоги права та моралі полягають здебільшого не в активних послугах, які мають надаватися, а в утримуванні від дій, що формулюються звичайно в негативній формі заборон. Утримування від вбивств чи заподіяння тілесних ушкоджень ґрунтується на тому факті, що люди не захищені від нападів один на одного. Якби така незахищеність була втрачена, зникла б підстава для найхарактернішої вимоги права та моралі: *не вбий* (с. 192).

(2) *Приблизна рівність*. При всіх відмінностях між людьми жодна людина не здатна без сторонньої допомоги панувати над іншими чи підкоряти їх довше, ніж протягом якогось короткого періоду. Це робить систему взаємного утримування від дій та компромісів основою для правових та моральних зобов'язань.

(3) *Обмежений альтруїзм*. Можливим і необхідним право робить те, що люди займають середнє становище між крайніми позиціями янголів і дияволів. Якщо б люди були янголами, то право їм було б непотрібним; якщо б вони були дияволами, то право було б неможливим. Оскільки прояви егоїзму зустрічаються частіше, ніж прояви альтруїзму, виникає необхідність у взаємному утримуванні.

(4) *Обмежені ресурси*. З того факту, що людям потрібні їжа, одяг і притулок, що є дефіцитним, виникає необхідність в інституті власності і в якому-небудь чіткому правилі, що вимагає поваги до неї.

(5) *Обмежене розуміння та сила волі*. Зазначені правила є простими і більшість людей здатна оцінити їх користь порівняно з ситуацією анархії. Більшість тому і утримується від заподіяння збитків іншим. Разом з тим у правовій системі існують санкції. Проте їх роль аж ніяк не зводиться до спонуки до покори, вона полягає в тому, щоб гарантувати тим, хто виконує правила добровільно, не залишитися в програвші. Цим, мабуть, і виправдується існування примусу в правовій системі як гарантія непринесення в жертву.

**Е. Двоїстість правового позитивізму.** Хоча позитивізм у тлумаченні Харта наполягає на поділі права та моралі, сам він базується на певній моральній перспективі — розумінні особливого морального значення права. Поділ права та моралі на одному рівні забезпечує моральні підстави права на іншому. Правило визнання

несе в собі вираження цих моральних підстав. Якщо б “правилом визнання” було правило, згідно з яким “лише справедливі правила є правовими”, то це не забезпечило б основу для правової системи, оскільки б повернуло нас до наших індивідуальних уявлень про справедливість. Така система залишилася б на рівні примітивної правової системи, в якій існують тільки первинні правила. Тому критерієм дійсності права для позитивізму є його формальна прийнятність. Якщо ж закон збігається з морально несправедливими вимогами, то замість: “Це в жодному сенсі не закон”, — правильніше було б сказати: “Це закон, але він занадто несправедливий, щоб йому підкорятися або застосовувати його”.

Таким чином, позитивізм не вимагає відмовитися ні від моралі, ні від ідеалу справедливості і прав людини. Більше того, позитивізм у сучасній західній філософії права виявляється однією з форм вираження лібералізму. Визначаючи багатоманітність концепцій добра і моралі, сучасні позитивісти просто хочуть шляхом встановлення нейтрального поняття права зберегти за людиною простір індивідуальної свободи. Позитивізм прагне мислити реалістично, наголошувати на мінімумі змісту, але такому, який був би безспірним для всіх. Обмежуючись фактичним критерієм, він утверджує “гарантований мінімум” для права, протиставляючи його неоднозначним твердженням прибічників природного права про вищі цінності і призначення життя. Проте правовий позитивізм виявляється занадто прозаїчним, обґрунтовуючи ідеї виживання, просто життя, а не більш привабливий ідеал “гідного людини життя”, який пропонують концепції природного права. Правовий позитивізм є необхідним для сучасного праворозуміння, але не достатнім, бо без прагнення до моральної критики права останнє розвиватися не може.

Можна виснувати, що хартівський позитивістський ідеал “справедливості як визначеності” є нездійсненним. Сама невизначеність людської мови, на якій формулюються норми, породжує сумніви щодо визначеності вимог “суверена” як основного джерела права. Він має бути доповнений ідеалом “справедливості як чесності” (Дж. Роулз), тобто перспективою природного права.

*Надійшла до редколегії 10.11.99.*