

THE
MORALITY
OF
LAW

q.

J

Revised edition

BY LON L. FULLER

NEW HAVEN AND LONDON, YALE UNIVERSITY

Лон Л. Фуллер

МОРАЛЬ ПРАВА

1 ^ 0

ВИДАВНИЦТВО

/ КИЇВ 1999

УДК 34 (477)
ББК 67 (4укр)
Ф 94

Лон Л. Фуллер
МОРАЛЬ ПРАВА

У книжці відомого американського професора права Л.Фуллера досліджується взаємозв'язок моралі та права, складні проблеми правової моралі, законності та законодавства, справедливості й ефективності законів.

Книжка розрахована на студентів і фахівців із теорії, практики, філософії права та законотворчості.

© 1964 by Yale University. Revised edition
© 1969 by Yale University

Фуллер Лон Л. **Мораль права:** Пер. з англ. Н.Комарова.
Наукове видання К.: Сфера, 1999. — 232 с.

Переклад з англійської Наталії Комарової
Редагування Лариси Логвиненко
Коректування Людмили Мержвинської
Комп'ютерне макетування Оксани Хлопової
Художнє оформлення Віктора Харика

" РОЗПОВСЮДЖУЄТЬСЯ БЕЗКОШТОВНО

ISBN 96-7267-42-3

© Видавництво «Сфера»^переклад, оформлення, 1999
— Міжнародний Благодійний Фонд «Видавництво СФЕРА»
Україна, 254107, Київ-107, Делегатський провулок, 3

Зміст

ПЕРЕДМОВА ДО ДРУГОГО ВИДАННЯ	7
ПЕРЕДМОВА ДО ПЕРШОГО ВИДАННЯ	9
I. ДВІ МОРАЛІ	11
Мораль обов'язку та мораль прагнення	13
Моральна шкала	17
Термінологія моралі та дві моральності	20
Гранична корисність і мораль прагнення	22
Взаємність і мораль обов'язку	26
Розміщення позначки на моральній шкалі	33
Винагороди та покарання	36
II. МОРАЛЬ, ЩО УМОЖЛИВЛЮЄ ПРАВО	38
Вісім способів виявитися неспроможним законодавцем	38
Наслідки невдачі	43
Прагнення до досконалості у сфері законності	45
Законність та економічний розрахунок	48
Загальність права	49
Промульгація	52
Закони зі зворотною силою	54
Ясність законів	65
Суперечності в законах	67
Закони, що вимагають неможливого	71
Незмінність законів упродовж тривалого часу	80
Відповідність дій посадових осіб декларованим правилам	81
Законність як практичне мистецтво	91
III. КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА	94
Правова мораль і природне право	94
Правова мораль і поняття позитивного права	103

Поняття науки	115
Заперечення щодо поданого тут погляду на право	117
«Концепція права» Харта	127
Право як цілеспрямована діяльність і право як прояв сили суспільства	138
IV. РЕАЛЬНІ ЦІЛІ ПРАВА	145
Нейтральність внутрішньої моралі права щодо його реальних цілей	146
Законність як умова ефективності	148
Законність і справедливість	149
Правова мораль і закони, спрямовані проти гаданого лиха, яке не можна визначити	151
Людина з погляду правової моралі	154
Проблема меж ефективної правової діяльності	159
Правова мораль і розподіл економічних ресурсів	160
Правова мораль і проблема інституційного планування	167
Інституційне планування як проблема економії	168
Проблема визначення моральної спільноти	171
Мінімальний зміст суттєвого природного права	172
V. ВІДПОВІДЬ НА КРИТИКУ	176
Структура аналітичного правового позитивізму	180
Чи є певний мінімум поваги до принципів законності суттєвим для існування правової системи?	185
Чи становлять принципи законності «внутрішню мораль права»?	187
Деякі приховані аспекти дискусії	208
ДОДАТОК: ПРОБЛЕМА ЗЛОБЛИВОГО ДОНОШИКА	225

Передмова

до другого видання

Перші чотири розділи цього нового видання «Мораль права» було передруковано в їхньому первинному вигляді, лише з кількома незначними виправленнями. Отже, єдина суттєва зміна полягає у доданні п'ятого, останнього, розділу під назвою «Відповідь на критику».

Той факт, що перші чотири розділи залишилися фактично незмінними, не означає повного задоволення формою або суттю викладеного в них матеріалу. Це означає просто, що у своїх нових обмірковуваннях цих проблем я просунувся не настільки далеко, щоб вдаватися до суттєво нового викладення поглядів, висловлених у лекціях, які я читав у 1963 р. Це означає також, що в основному я залишаюся на тих позиціях, яких дотримувався в цих лекціях.

Я сподіваюся, що новий, п'ятий, розділ не буде розглядатися просто як вправа з полеміки. Протягом багатьох десятиріч на філософію права в англomовному світі значною мірою впливали переважно традиції Остіна, Грея, Холмса та Кельзена. Центральне місце, яке зайняв їхній загальний погляд на право, не означає, що він завжди сприймався з цілковитим задоволенням; навіть у його прибічників прихований в ньому сенс нерідко викликав певну ніяковість. У новому розділі, яким завершується ця книга, мені вдалося, здається, сформулювати своє незадоволення аналітичним правовим позитивізмом краще, ніж будь-коли раніше. За це я мушу висловити глибоку вдячність моїм критикам, зокрема Х.Л.А.Харту, Рональду Дворкіну та Маршаллу Коену. Їхня суворі критика була сформульована не завжди м'яко, й це тому, що її не притуплювали різні неясності, до яких часто вдаються для самозахисту під час полемічних атак. Розкривши головні засновки своєї філософії, вони допомогли мені зробити те саме з моєю.

Оскільки перше видання цієї книжки здобуло певне визнання з боку спеціалістів, чиї інтереси пов'язані передусім із соціологією та антропологією права, то я хотів би порадити тим читачам, які мають схожі інтереси, почати з II та V розділів, пропустивши поки що інші. Такий спосіб ознайомлення з кни-

гою має подвійну мету: запропонувати все цінне, що в ній є на цю спеціальну тему, й водночас дати певне уявлення про головні розбіжності в поглядах, які існують між ученими-правниками, коли вони намагаються визначити власну тему.

На завершення я хочу висловити подяку за внесок, зроблений до цієї книги (та до спокою мого духу) моєму секретареві Марті Енн Елліс та Рут В.Кауфман з видавництва Йельського університету. Їхні старанність і проникливість позбавили мене зайвих витрат часу і хвилювань, пов'язаних із дрібницями, що завжди супроводжують надання рукопису остаточної друкованої форми.

1 травня 1969 р.

Л. ФУЛЛЕР

Передмова

до першого видання

Цю книгу побудовано на основі лекцій, прочитаних студентам юридичного факультету Йельського університету в квітні 1963 р. у межах курсу лекцій Вільяма Л.Сторра. Хоча обсяг книжки в кілька разів перевищує первинний текст, я вирішив зберегти лекційну форму як найбільш відповідну суті питання, таку, що уможливорює неформальне та часто дискусійне викладення, якому я віддавав перевагу. Наслідком цього є певна невідповідність між формою та суттю; навіть чимна терплячість йельської аудиторії навряд чи допомогла б висидіти впродовж моєї другої «лекції» в її теперішньому вигляді.

У додатку я вмістив дещо написане задовго до цього курсу лекцій. Я назвав це «Проблемою злобливого донощика». Може виявитися корисним прочитати й обдумати її, перш ніж звертатися до другого розділу книжки. Спочатку ця проблема мала слугувати основою для дискусій у моєму курсі юриспруденції. Протягом останніх кількох років вона використовувалася також як щось на зразок введення до проблем юриспруденції у курсі, який викладався всім студентам-першокурсникам юридичного факультету Гарвардського університету.

Висловлюючи подяки, я мушу перш за все згадати юридичний факультет Йельського університету — не лише за його запрошення, яке виявилось доречним стимулом, але й за надання мені достатньо часу, щоб я зміг точніше задовольнити його вимоги. Хочу також висловити вдячність Рокфелерівській фундації, яка допомогла мені під час 1960/61 навчального року скористатися найрідшою розкішшю в американському академічному житті: дозвіллям. Під дозвіллям я маю на увазі, звичайно, можливість читати й міркувати без огляду на обов'язкове досягнення негайних і корисних результатів. Просто кажучи, без допомоги цієї фундації я не зміг би прийняти запрошення Йельського університету. Моя вдячність колегам стосується так багатьох і за такі різні способи допомоги, що її неможливо висловити належним чином. Треба сказати, що ніхто з моїх колег не мав жодного шансу

врятувати остаточний текст від тих огріхів, які виявляються в останню хвилину і властиві упертим авторам. Однак на перших етапах здійснення мого задуму їхній внесок був таким суттєвим, що, як на мене, ця книга належить більше їм, аніж мені. І нарешті, висловлюючи подяку моїй дружині Марджорі за її дуже реальне сприяння, я позичу одне витончене порівняння в іншого автора: вона, можливо, не знає, що це значить, але знає, що це значило.

Л.ФУЛЛЕР

I

ДВІ МОРАЛІ

Грішити. 1. *Добровільно відступати від обов'язку, наказаного людині Богом.* — Webster's New International Dictionary.

*Die Sünde ist ein Versinken in das Nichts** [Гріх — це поринання в ніщо]

На зміст цих розділів вплинуло передусім незадоволення літературою, присвяченою стосункам між правом і мораллю. Ця література здається мені недосконалою в двох важливих аспектах. Перший стосується неспроможності пояснити само значення моралі. Визначень права ми маємо багато, аж занадто. Але коли право порівнюється з мораллю, то немовби припускається, що всім відомо, що стоїть за другим словом цього порівняння. Томас Рід Пауелл звичайно говорив: якщо ви можете думати про щось пов'язане з чимось іншим, не думаючи про те, з чим воно пов'язане, то у вас юридичний склад розуму. У цьому разі мені здавалося, що юридичний склад розуму взагалі вичерпує себе в роздумах про право і схильний так і не дослідити те, з чим право пов'язане й від чого його відрізняють.

У першому розділі я зробив спробу відновити цю рівновагу, наголошуючи в основному на відмінності між тим, що я нази-

* Ця цитата може бути цілком уявною. Мені здається, що я дуже давно десь прочитав цей вислів. Мої друзі, обізнані в теології, не змогли виявити його точного джерела. Від них я дізнався, що ця думка належить августинцям і що у Карла Варта є дуже схоже місце: «Die Siinde ist ein Versinken in das Bodenlose*» [Гріх — це поринання в бездонність]. Проте «das Bodenlose» [бездонність] має на увазі втрату меж, отже, натякає на порушення обов'язку. Те, чого я шукав, — це висловлення поняття гріха з точки зору моралі прагнення — гріха як невдачі у спробі досягти якоїсь реалізації самої людської вартісності.

ваю мораллю обов'язку і мораллю прагнення. Відсутність такого розрізнення стала, на мою думку, причиною багатьох неясностей у дискусіях про зв'язок між правом і мораллю.

Інше велике незадоволення, що спричинилося до появи цих лекцій, зумовлене нехтуванням того, що в заголовку мого другого розділу називається «мораллю, яка уможливорює право». Там, де в наявній літературі висвітлюється головна тема цього розділу (те, що я називаю «внутрішньою мораллю права»), її звичайно завершують кількома зауваженнями про «юридичну справедливість» — ту концепцію справедливості, що прирівнюється до суто формальної вимоги схожого трактування схожих випадків. Мало хто усвідомлює, що в такому ескізному вигляді ця проблема є лише одним із аспектів набагато ширшої проблеми — роз'яснення напрямків людських зусиль, які потрібні для підтримання будь-якої правової системи, зусиль навіть тих людей, чиї кінцеві цілі можуть вважатися хибними чи злими.

Третій та четвертий розділи являють собою подальший розвиток і застосування аналізу, запропонованого в перших двох. У третьому розділі, що має назву «Концепція права», робиться спроба встановити загальний зв'язок між цим аналізом і різними школами філософії права. У четвертому — «Реальні цілі права» — я намагаюся показати, як належна повага до внутрішньої моралі права обмежує види реальних цілей, яких можна досягти за допомогою правових норм. Цей розділ завершується розглядом питання, наскільки щось схоже на реальне «природне право» можна вивести з моралі прагнення.

МОРАЛЬ ОБОВ'ЯЗКУ ТА МОРАЛЬ ПРАГНЕННЯ

Тепер я хотів би, не зволікаючи далі, з'ясувати відмінність між мораллю обов'язку та мораллю прагнення. Само по собі це розрізнення аж ніяк не нове*. Проте я вважаю, що прихований у ньому сенс повністю ще не усвідомлено і в усякому разі недостатньо розвинуто в дискусіях навколо стосунків між правом і мораллю.

Найясніші приклади моралі прагнення ми знаходимо в грецькій філософії. Це моральність Добропорядного Життя, досконалості, найповнішої реалізації людських здібностей. У моралі прагнення можуть бути якісь відтінки поняття, що наближається до поняття обов'язку, але вони зазвичай приглушені, як це ми бачимо у Платона та Аристотеля. Ці філософи, звичайно, визнавали, що людина може не реалізувати всіх своїх можливостей. Вона може виявитися не на висоті становища як громадянин чи посадова особа. Але в такому випадку її засуджують за неспроможність, а не за зраду обов'язкові; за недосконалість, а не за проступок. Взагалі ми, як і греки, замість ідей правильного й неправильного, моральної вимоги та морального обов'язку маємо скоріше концепцію належної і відповідної поведінки, поведінки, що личить людині, яка якнайкраще виконує свої функції**.

Якщо мораль прагнення починається на найвищому рівні людських досягнень, то мораль обов'язку починається на найнижчому. Вона формулює основні правила, без яких неможливе впорядковане суспільство або без яких впорядковане суспільство, що прямує до певних конкретних цілей, не зможе їх

* Див., наприклад: A.D.Lindsay, *The Two Moralities* (1940); A.Macbeath, *Experiments in Living* (1952), pp.55-56 et passim; W.D.Lamont, *The Principles of Moral Judgement* (1946) та *The Value Judgement* (1955); H.L.A.Hart, *The Concept of Law* (1961), pp. 176-180; J.M.Findlay, *Values and Intentions* (1961); Richard B.Brandt, *Ethical Theory* (1959), зокрема pp.356-368. У жодній із цих праць немає термінології, яку я вживаю в цих лекціях. Ліндсей, наприклад, порівнює мораль «свого суспільного становища та його обов'язків» з мораллю претензії на досконалість. Книга Фіндлея особливо цінна завдяки його трактуванню «напутливих» зловживань поняттям обов'язку.

** Порівн.: «У греків так і не вийшло нічого схожого на сучасне поняття юридичного права». — Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks* (1956), p.151.

досягнути. Це мораль Старого Завіту й Десяти заповідей. Вона промовляє такими словами, як «ти не повинен» та — більш рідко — «ти повинен». Вона не засуджує людей за те, що вони не скористалися нагодами для найповнішої реалізації своїх можливостей. Натомість вона засуджує їх за неповагу до основних вимог суспільного життя.

У своїй «Теорії моральних почуттів» Адам Сміт вживає риторичну фігуру, яка допомагає провести розрізнення між тими двома видами моралі, які я тут описую*. Мораль обов'язку «можна порівняти з правилами граматики»; мораль прагнення — «з правилами, які формулюються критиками для досягнення високого стилю й вишуканості твору». Правила граматики встановлюють те, що потрібно для збереження мови як засобу спілкування, так само як правила моралі обов'язку встановлюють необхідне для суспільного життя. Принципи ж доброї літератури, як і принципи моралі прагнення, «є вільними, розпливчастими та невизначеними і скоріше дають нам загальне уявлення про досконалість, якої нам треба прагнути, ніж указують надійні й непохибні способи її досягнення».

У цьому місці буде доречно розглянути якусь форму людської поведінки й запитати, як ці два види моралі можуть диктувати судження про неї. Я обрав приклад азартної гри. Вживаючи цей термін, я маю на увазі не щось на зразок дружньої партії з копійчаними ставками, а справжню азартну гру з високими ставками, яку в перекладі «Теорії законодавства» Бентама образно названо «deer piay» («глибока гра»)**.

Як розглядалася б визначена в такий спосіб азартна гра з погляду моралі обов'язку? Типовим для цієї моралі було б постулювання чогось на зразок гіпотетичного морального законодавця, на якого покладено відповідальність вирішувати, чи є азартні ігри такими шкідливими, щоб ми мали вважати за загальний моральний обов'язок утримуватися від них. Такий законодавець міг би зауважити, що азартні ігри — це марна витрата часу та енергії, що на тих, хто віддається ним, вони діють

* *The Theory of Moral Sentiments*, 1, 442. Розрізнення, проведене Сміхом, стосується не моралі обов'язку і моралі прагнення, а справедливості та «інших чеснот». Проте існує, безумовно, тісний зв'язок між поняттями справедливості та морального обов'язку, хоча обов'язок справедливо поводитися з іншими, можливо, стосується більш вузької сфери, ніж моральні обов'язки взагалі.

** Див. прим, до с.106 перекладу Хілдрета, перевиданого в *International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method* (1931).

немов наркотики, що вони мають багато небажаних наслідків, наприклад призводять до того, що гравець нехтує своєю сім'єю та взагалі своїми обов'язками перед суспільством.

Якщо наш гіпотетичний моральний законодавець відвідував школу Ієремії Бентама та пізніших економістів, які дотримувались принципу граничної суспільної корисності, він міг знайти переконливі підстави для оголошення азартних ігор шкідливими за суттю, а не лише за своїми побічними наслідками. Якщо весь статок людини складається з тисячі доларів, і вона ставить п'ятсот із них на те, що зветься парі з рівними шансами, то фактично це не є укладанням угоди, в якій можливості прибутку і збитків рівні. Якщо людина програє, кожний заплачений нею долар більш глибоко позначиться на її добробуті. Якщо виграє, отримані нею п'ятсот доларів означатимуть меншу корисність для неї, ніж ті п'ятсот, що вона мала б заплатити в разі програшу. Отже, ми доходимо цікавого висновку, що дві людини можуть зібратися разом добровільно, без жодного наміру зашкодити одна одній, і все ж таки укласти угоду, невигідну для обох — виходячи, звичайно, зі стану речей перед самим початком гри.

Зваживши всі ці міркування, мораліст обов'язку цілком може дійти висновку, що людям не варто грати в азартні ігри з високими ставками і вони мають обов'язок уникати «глибокої гри».

Як пов'язане таке моральне судження з питанням, чи не слід заборонити азартні ігри законом? Наша відповідь: найпрямішим чином. Наш гіпотетичний законодавець моральних принципів міг би змінити свою роль на роль звичайного законодавця без радикальних змін у методах судження. Як звичайний законодавець він натраплятиме на певні питання, які мораліст краще полишив би казуїстиці. Він має вирішувати, що робити з іграми, які вимагають майстерності, або іграми, в яких результат визначається частково майстерністю, а частково — щасливим випадком. Як автор законопроектів він зіткнеться з проблемою розрізнення між азартними іграми з малими ставками як невинною розвагою й азартними іграми в їхніх більш завзятих і шкідливих формах. Якщо для цієї мети в нього немає готової формули, він може схилитися до створення такого законопроекту, який охоплював би будь-які азартні ігри, полишаючи розрізнення між невинними й дійсно шкідливими обвинувачеві. Перш ніж скористатися цим способом, який часто більш м'яко називають «вибірним правозастосуванням», нашому моралістові, перетвореному на законодавця, треба буде обмірковувати небезпечні наслідки, з якими

може бути пов'язане ширше використання цього принципу, що й без того вже є поширеною складовою існуючого механізму правозастосування. Складаючи та пропонуючи свій законопроект, він мав би брати до уваги й багато інших подібних міркувань. Але в жодному разі тут не було б різкої розбіжності з методами, яких він дотримувався, вирішуючи, чи треба засуджувати азартні ігри як аморальні.

Тепер розглянемо азартні ігри з можливої точки зору моралі прагнення. З цього погляду нас цікавлять не стільки їхні можливі шкідливі наслідки, скільки питання, чи варта ця діяльність людських здібностей. Ми мали б визнати, що в людських справах ризик пов'язаний із докладанням усіляких творчих зусиль і що правильно й добре, коли людина, зайнята творчою діяльністю, має не лише погоджуватися з ризиком своєї ролі, а й тішитися ним. З іншого боку, азартний гравець шукає ризику заради нього самого. Нездатний мужньо нести більш широку відповідальність, пов'язану з роллю людини, він знаходить один із способів насолоджуватися цією роллю, не приймаючи тягарів, які її зазвичай супроводжують. Азартна гра з високими ставками стає фактично чимось на зразок фетишизму. Аналогія з певними відхиленнями у сфері сексу є очевидною, вона й справді повною мірою експлуатувалася в численній психіатричній літературі з питань нав'язливого прагнення до азартних ігор*.

Остаточний вирок, який могла б таким чином винести щодо азартних ігор мораль прагнення, був би не обвинуваченням, а висловленням презирства. Для такої моралі азартні ігри були б не порушенням обов'язку, а формою поведінки, недоречною для істоти з людськими можливостями.

Яке відношення мав би такий вирок до закону? На це ми відповімо: взагалі жодного безпосереднього відношення. Не існує способу, в який закон може примусити людину жити згідно зі своїм високим покликанням. Для того щоб такі судові рішення стали реальною нормою, закон мусить перетворитися на свою кровну родичку — мораль обов'язку. Вона допоможе йому, якщо це взагалі можливо, вирішити, чи варто забороняти азартні ігри законом.

Те, що мораль прагнення програє в безпосередній відповідності законові, вона виграє в поширенні його прихованого сенсу. З однієї точки зору, вся наша правова система являє собою комплекс правил, призначених урятувати людину від

* Див. бібліографію до книги Edmund Bergler, *The Psychology of Gambling* (1957), note 1, pp.79-82.

сліпої гри випадку та забезпечити їй надійний шлях до цілеспрямованої й творчої діяльності. Якщо, уклавши ділову угоду з іншими, людина сплачує гроші через помилку у факті, квазідоговірне право примушує повернути їх. Договірне право позбавляє юридичної сили угоди, укладені за взаємного неправильного розуміння відповідних фактів. За деліктним правом людина може діяти, не маючи обов'язку відповідати за фінансову шкоду, яка є побічним наслідком її діяльності, за винятком тих випадків, коли вона бере участь у якомусь замірі, що спричиняється до передбачуваного ризику, який може розглядатися як діловодні витрати, пов'язані з її участю в цьому замірі, а відтак підлягати завчасному раціональному розрахунку. На ранніх етапах існування права не визнавався жоден із цих принципів. Їхнє сьогоденнє визнання є результатом боротьби за применшення ролі ірраціонального в людських управах, що точилася протягом сторіч.

Проте не існує доступного нам способу примусити людину жити розумним життям. Ми можемо лише намагатися виключити з її життя найбільш кричущі й очевидні прояви випадковості та ірраціональності, створити умови, суттєво важливі для розумного людського існування — необхідні, але недостатні умови для досягнення цієї мети.

МОРАЛЬНА ШКАЛА

Оскільки ми розглядаємо низку моральних проблем, то цілком можемо уявити собі щось на зразок шкали чи виміральної лінійки, яка починається з найнижчого рівня — найбільш очевидних вимог суспільного життя — й охоплює найвищі досягнення людського натхнення. Десь на цій шкалі є невидима позначка, що відповідає межі, де закінчується тиск обов'язку й починається претензія на досконалість. Над усією сферою моральної аргументації домінує велика неоголошена війна за місцезнаходження цієї позначки. Дехто намагається підштовхнути її вище; інші прагнуть опустити її нижче. Ті, кого ми вважаємо неприємними (або принаймні незручними) моралістами, безперервно намагаються просунути цю позначку вгору, аби розширити сферу обов'язку. Замість того, щоб запросити нас приєднатися до них у здійсненні *того* чи іншого способу життя, який вони вважають гідним людської природи, вони намагаються силоміць змусити нас вважати себе зобов'язаними прийняти цей *она* *Уджсц* *на нас* *іноді* *ставав* *об'єктом* цього методу в тому *4ifgfHijqu\$y*-варіанті. Якщо.дк^дЦна

зазнає його впливу надто довго, це може викликати в неї на все життя відразу до самого поняття морального обов'язку.

Отож я згадав уявну позначку, що вказує на лінію, яка відокремлює обов'язок від прагнення. На мою думку, завдання знайти належне місце для цієї позначки було надмірно ускладнено через філософську плутанину, походження якої можна простежити аж до Платона. Я маю на увазі таку аргументацію: для того щоб судити, що в людській поведінці є поганим, ми мусимо знати, що є цілковито добрим. Кожна дія має оцінюватися з точки зору її внеску до досконалого життя. Без уяви про ідеал людського існування ми не матимемо взірця — як для встановлення обов'язків, так і для відкриття нових способів виявлення людських можливостей. Ті, хто приймає такий хід міркувань, відхилятимуть — як безглузду чи нерозв'язну — проблему правильного розміщення тієї межі, де закінчується обов'язок і починається прагнення. Адже мораль обов'язку неминуче має містити норми, позичені у моралі прагнення, і немає ані підстави, ані виправдання для проведення чіткої межі між цими двома моралями.

Цікаво, що точка зору, за якою всі моральні судження мають ґрунтуватися на якійсь концепції досконалості, в історії використовувалася для досягнення діаметрально протилежних висновків стосовно об'єктивності моральних оцінок. Аргументи однієї сторони такі: наші знання і узгодженість щодо того, що вважати поганим, є фактом досвіду. З цього має випливати, що десь у глибині душі ми поділяємо певне уявлення про цілковито добре. Отже, завдання моральної філософії полягає в чіткому формулюванні того, що ми вже знаємо й щодо чого дійшли згоди. Це — шлях, який обрав, за Платоном, Сократ. Протилежна сторона міркує так: є очевидним, що люди не мають спільної думки про те, що вважати цілковито добрим. Але оскільки розумне судження щодо того, що є поганим, неможливе без згоди стосовно цілковито доброго — згоди, якої просто не існує, — то з цього має випливати, що наша очевидна згода щодо поганого є ілюзією, яка може походити від соціальних умов, звичок і спільного упередження.

Обидва висновки ґрунтуються на припущенні, нібито ми не можемо усвідомлювати погане без усвідомлення цілковитого доброго, або, інакше кажучи, нібито моральні обов'язки не можна раціонально видокремити, не визнавши спочатку всеосяжної моралі прагнення. Цьому припущенню суперечить найелементарніший людський досвід. Моральний наказ «не вбий» не має на увазі якогось уявлення про досконале життя. Він ґрунтується

ся на тій прозаїчній істині, що коли люди знищують один одного, не можна уявити собі ніякої збагненої моралі прагнення. У жодній сфері людської поведінки не буває такого, щоб наші судження про небажане мали таємно керуватися якоюсь напіввиголошеною утопією. Наприклад, у сфері лінгвістики жоден із нас не претендує на знання того, на що має бути схожа досконала мова. Це не заважає нам боротися з певними викривленнями слововжитку, які мають очевидну тенденцію до знищення корисних властивостей мови.

У всій сфері людських замірів, що містить не тільки людські вчинки, а й будь-які матеріальні витвори, ми знаходимо широке спростування ідеї, нібито неможливо знати, що є невідповідним якійсь меті, не знаючи того, що є цілковито доречним для її досягнення. Обираючи засоби для здійснення своїх замірів, ми скрізь обходимося досить невизначеним уявленням про те, чого намагаємося досягти. Наприклад, жоден зі звичайних людських інструментів не є ідеально пристосованим до того чи іншого конкретного завдання. Він призначений скоріше для досить доброго виконання невизначеного ряду завдань. Молоток тесляра придатний для широкого, але невизначеного кола застосувань, і його вади виявляються лише тоді, коли ми намагаємося забити ним дуже дрібні цвяхи або важкі кілки для намету. Якщо мій напарник попросить у мене молоток чи щось найбільш схоже на нього, я одразу усвідомлюю, навіть не знаючи точно, що він збирається робити, що багато які знаряддя не стануть йому в пригоді, і не подам йому викрутки чи мотузки. Коротко кажучи, я можу усвідомлювати неправильне на підставі дуже недосконалого уявлення про те, що може бути бездоганно правильним. Так само, на мою думку, стоїть справа із суспільними правилами та інститутами. Ми можемо, наприклад, знати, що є явно несправедливим, не зв'язуючи себе категоричними заявами про те, на що має бути схожа абсолютна справедливість.

Жоден зі шойно наведених аргументів не означає, що не існує труднощів з проведенням межі, яка відокремлює мораль обов'язку від моралі прагнення. Вирішити, де має закінчуватися обов'язок, — це одне з найскладніших завдань соціальної філософії. При розв'язанні цієї проблеми неодмінно присутній значний елемент оцінки, й індивідуальні розбіжності думок неминучі. Тут доводиться, що ми мусимо мужньо зустрічати труднощі цього завдання, а не втікати від них під тим приводом, що знайти відповідь можна лише після створення всеосяжної моралі прагнення. Ми знаємо достатньо, щоб створи-

ти умови, які дають людині змогу піднятися на вищий рівень. Це, безперечно, краще, ніж намагатися приперти її до стіни з остаточним формулюванням її найвищого блага.

Це, мабуть, слушний момент для запобігання ще одному непорозумінню. Висувалося припущення, що мораль обов'язку стосується життя людини в суспільстві, тоді як мораль прагнення — це справа стосунків людини із самою собою або зі своїм Богом*. Це вірно лише в тому сенсі, що коли ми піднімаємося сходами від очевидного обов'язку до найвищого прагнення, індивідуальні розбіжності в здібностях і розумінні стають дедалі важливішими. Проте це не означає, що під час цього піднесення завжди рвуться суспільні зв'язки. Класичне викладення моралі прагнення належить грецьким філософам. Вони вважали за самозрозуміле, що людина як розумна істота має знаходити добре життя у співіснуванні з іншими. Якби ми були позбавлені свого соціального спадку — мови, філософії, мистецтва, — то жоден з нас не зміг би прагнути до чогось вищого за суто тваринне існування. Один із найвищих обов'язків моралі прагнення полягає в збереженні та збагаченні цього соціального спадку.

ТЕРМІНОЛОГІЯ МОРАЛІ ТА ДВІ МОРАЛЬНОСТІ

Одна з причин того, що відмінність між моральністю за обов'язком і моральністю за прагненням не дуже закріпилася у сучасній філософії, полягає, на мою думку, в тому факті, що наш моральний лексикон надає цій відмінності нечіткого характеру й заплутує її. Візьмемо, наприклад, термін «ціннісне судження». Поняття цінності є спорідненим моралі прагнення. Якби ми добрали до неї якусь іншу пару, наприклад «відчуття цінності», ми мали б вислів, цілком доречний для системи мислення, спрямованої на досягнення людської досконалості. Але натомість ми сполучили «цінність» із терміном «судження» — словом, яке передбачає не прагнення до досконалості, а висновок щодо зобов'язань. Отже, суб'єктивізм, притаманний найвищим досягненням людського натхнення, поширюється на всю мову моральних міркувань, і ми легко доходимо абсурдного висновку,

* Цінне дослідження В.Д.Ламонта здається мені зіпсованим його припущенням, що мораль обов'язку має справу із соціальними взаєминами, а мораль цінності стосується оцінок, пов'язаних з індивідуальними преференціями. Див.: W.D.Lamont, *The Value Judgment* (1955).

що зобов'язання, безумовно суттєві для суспільного життя, ґрунтуються на певному, по суті невимовному, уподобанні.

Багато дискутоване питання про зв'язок між фактом і цінністю стало б яснішим, якби учасники цих дискусій пам'ятали про відмінність між моральністю за обов'язком і моральністю за прагненням. Виносячи рішення про моральний обов'язок, нібито абсурдно стверджувати, що такий обов'язок може якось безпосередньо впливати зі знання ситуації чи факту. Ми можемо достеменно розуміти факти, і все ж таки має відбутися якийсь акт законодавчого рішення, перш ніж ми дійдемо висновку, що той чи інший обов'язок мусить існувати. Цей акт законодавчого рішення може бути нескладним, але, як правило, він завжди присутній.

Зовсім інакша справа з мораллю прагнення, яка щодо цього виявляє свою близьку спорідненість з естетикою. Коли ми намагаємося збагнути якусь нову форму мистецького вияву, наше зусилля (якщо ми добре поінформовані) одразу спрямовується на мету, яку поставив собі митець. Ми питаємо себе: «Що він намагається зробити? Про що він хоче повідомити?» Коли ми знайшли відповіді на ці запитання, сам твір може нам подобатися чи ні, але між нашим розумінням і нашим схваленням чи осудом немає якоїсь явної сходинки. Якщо ми не схвалюємо, але маємо сумніви щодо свого судження, ми не питаємо себе, чи не застосували ми неправильного критерію оцінки, а питаємо, чи ми взагалі правильно зрозуміли те, що намагався створити митець. Так, І.А.Річардс показав, як руйнівно діє на судження студентів про літературну цінність те, що їх займає не мета письменника, а застосування критеріїв, які, на їхню думку, мають визначати якість літературного твору*. Норман Т.Ньютон так само продемонстрував, як естетичні оцінки архітектури можуть викривлюватися через намагання знайти певну словесну форму, що нібито обґрунтовує винесене судження**.

Ці останні зауваження слугують не для того, щоб відмовити моралі прагнення у раціональності. Вони спрямовані радше на ствердження того, що дискурсивний спосіб обґрунтування, характерний для судження про обов'язок, в моралі прагнення недоречний. Цю позицію ілюструє, на мою думку, Платонів Сократ.

Сократ ототожнював доброчесність зі знанням. Він гадав, Що коли люди правильно зрозуміють добро, вони бажатимуть і

I.A.Richards, *Practical Criticism — A Study of Literary Judgment* (1949).

** Norman T.Newton, *An Approach to Design* (1951).

намагатимуться досягти його. Цей погляд часто вважався або заплутаним, або абсурдним — залежно від стриманості критиків. Якби Сократ навчав моралі обов'язку, критика на його адресу була б, безперечно, виправданою. Але його мораллю була мораль прагнення. Він намагався примусити людей бачити й розуміти добре життя так, аби вони прагнули досягти його. Його аргументація стала б не яснішою, а заплутанішою, якби він сказав: «Спочатку я продемонструю, на що схоже добре життя, аби ви могли збагнути його і зрозуміти, якою людиною ви станете, якщо будете провадити таке життя. Потім я висуну аргументи, чому вам варто провадити таке життя».

Само Сократове ототожнення доброчесності й знання ілюструє нелегкий шлях, яким наш етичний лексикон мігрує туди й сюди між двома моральми. У нас слово «доброчесність» стало цілковито ототожнюватися з мораллю обов'язку. Для сучасної людини це слово значною мірою втратило свій первісний сенс сили, дійовості, майстерності й відваги, тобто сукупності співзначень, завдяки яким воно колись недвозначно вписувалося до моралі прагнення. Слово «гріх» зазнало такої самої міграції. Для нас гріх — це порушення обов'язку. Однак слова, перекладені в Біблії як «гріх», первісно містили метафору «похибка». Щось від цієї первісної риторичної фігури збереглося в ранніх християн, бо до смертних гріхів вони зараховували не лише похвальність і нецнотливість, а й те, що Сіджвік називає «досить рідкісними гріхами» — похмурість і мляву байдужість*.

ГРАНИЧНА КОРИСНІСТЬ І МОРАЛЬ ПРАГНЕННЯ

Я висунув припущення, що коли ми пошукаємо аналогій серед гуманітарних студій, то найближчим родичем моралі обов'язку виявиться право, тим часом як мораль прагнення перебуває в близькій спорідненості з естетикою. Тепер я пропоную одне дослідження, яке може видатися дещо дивним: визначення зв'язку між цими двома моральми та способами судження, характерними для економічних наук.

Проблема, на яку ми несподівано натрапляємо на початку цього дослідження, полягає в тому факті, що серед економістів немає загальної згоди щодо визначення предмета їхніх занять. Хоча політична економія має заслужену репутацію найпрогресивнішої з усіх суспільних наук, світ усе ще очікує остаточної відповіді на запитання «про що ця наука?». Більшість наукових

* Sidgwick, *Outlines of the History of Ethics* (1949), p.129.

праць з політекономії задовольняється введенням читача до теми за допомогою більш-менш вражаючого переліку проблем, які є предметом особливого інтересу економіста. Стосовно всього іншого читач має сам вирішувати, що саме він вивчає*.

Проте існує кілька серйозних спроб впритул підійти до розв'язання проблеми належного визначення економічної науки**. Тут виявляються два загальних погляди. Перший полягає в тому, що економіка має справу зі стосунками обміну. Згідно з другим, суть економіки полягає в принципі граничної корисності — принципі, за яким ми найефективніше розміщуємо наявні у нас ресурси, аби досягти будь-яких поставлених перед собою цілей. Класичним образом, який беруть для розрізнення цих двох точок зору, є, звичайно, Робінзон Крузо. Принаймні до появи П'ятниці у Робінзона не було нікого, з ким він міг би чимось обмінюватися — хіба що в метафоричному сенсі, в якому можна сказати про людину, що вона обмінює свою самотницьку працю на дарунки природи. Якщо ототожнювати економіку з обміном між людськими істотами, то Робінзон не мав економічних проблем. З іншого боку, він мав вирішувати, як найефективніше використати ті мізерні ресурси, що були в його розпорядженні, в тому числі свій власний час та енергію. Якщо в певний момент він обробляв землю, він міг запитати себе, чи не краще повернути свої зусилля на рибальство, чи не здобуде він за одну годину як рибалка більше, ніж за дві години як фермер. У цьому сенсі Робінзон мав не тільки економічні проблеми, а й дуже серйозні.

* Наукова праця П.Самуельсона: Paul A.Samuelson, *Economics — An Introductory Analysis* — вважається одним із найширше використовуваних з усіх колись написаних підручників для коледжів. У другому виданні (1951, pp.14-16) з'явилася дискусія «Межі й обмеження політичної економії», в якій було висунуто точку зору, нібито ця наука займається виключно способами й не уповноважена займатися цілями. У п'ятому виданні (1961) ця спроба визначити межі компетенції предмета зникла, натомість з'явився просто перелік різних тем, які вивчає економіка (pp.5-6). Цікавий доказ того, що економічна наука характеризується якоюсь особливою ціллю й не має права відповідати на питання, коли ця ціль виключається з розгляду, можна знайти в праці R.F.Harrod, *Scope and Method of Economics* (1938), передрукованій в Clemence, *Readings in Economic Analysis*, 1 (1950), 1-30.

** Найпоширенішим серед читачів трактуванням цієї теми є Lionel Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (2d ed., 1935).

Тепер, мені здається, існує яскрава паралель між цими двома концепціями економіки й двома поглядами на мораль, що є темою цього розділу. Економіка обміну дуже схожа на мораль обов'язку. Економіка граничної корисності являє собою, так би мовити, економічну відповідність моралі прагнення. Я б хотів почати з цієї другої спорідненості.

Мораль прагнення відбиває наші зусилля найкраще використати своє коротке життя. Економіка граничної корисності допомагає нам найкраще використати свої обмежені економічні ресурси. Обидві схожі не лише в тому, що вони прагнуть зробити, але й у своїх обмеженнях. Кажуть, що мораль прагнення обов'язково передбачає певну концепцію вишого блага людини, хоча й не здатна сказати нам, що це таке. Точно таку саму критику з такою самою дійовістю можна спрямувати проти принципу граничної корисності. Згідно з цими принципами споживач прагне зрівноважити прибуток від кожного витраченого ним долара. Якщо він витратив на книги так багато доларів, що прибуток від цієї конкретної статті витрат починає відчутно зменшуватися, він може спрямувати свої витрати на щось інше, наприклад на більш різноманітне й задовільне харчування. У цій зміні напрямку — саме в ідеї, що можна порівнювати й! урівноважувати витрати на радикально відмінні речі. — нібито передбачається певний абсолютний критерій, що стоїть вище книг, їжі, одягу й усіх інших речей та послуг, на які люди можуть витрачати свої гроші. Економіст — прихильник принципу граничної корисності — не може описати цього критерію, хоча на відміну від прихильника моралі прагнення він має певне слово, аби приховати своє незнання. Це слово, звичайно, — «корисність». Коли корисність, видобута з доларової вартості продукту А, знижується до позначки, де вона стає нижчою за корисність, видобуту з доларової вартості продукту В, споживач спрямовує свої витрати на цей другий вид товарів. Саме за допомогою слова «корисність» економіст приховує свою неспроможність розпізнати певне економічне благо, що стоїть вище за всі окремі товари й слугує орієнтиром у виборі між ними. Проте недолік економіста залишається по суті таким самим, що й недолік мораліста, який заміряється показати людям шлях до Доброго Життя, не визначивши, якою є або має бути найвища мета життя*.

* Можна заперечити, що це порівняння в тексті сплутує опис із директивою. На відміну від філософа моралі економіст, можна сказати, байдужий до питання, чого споживач мусить бажати: він лише

Спроба Бентама замінити мету досконалості метою задоволення фактично мала внести до моралі такий самий прихований недолік, що глибоко вкоренився в економіці. Неможливо підтримувати твердження, що всі людські зусилля спрямовані на задоволення, якщо тільки ми не збираємося розширити поняття задоволення до тієї межі, коли воно стає, як і корисність в економіці, порожнім вмістищем для людських бажань чи будь-яких зусиль. Якщо ми, як Мілль, спробуємо застосувати більш селективний підхід до того, що годиться для цього вмістища, то наприкінці матимемо не принцип найбільшого щастя, а щось на зразок грецької концепції досконалості.

Через відсутність якоїсь найвищої моралі економічного блага ми врешті-решт звертаємося — і в моралі прагнення, і в економіці граничної корисності — до поняття рівноваги: не забагато й не замало. Це поняття не таке утерте, як здається. Однією з характерних особливостей нормальних людських істот є прагнення до багатьох цілей; нав'язливу турботу про одну-єдину мету можна дійсно сприймати як симптом психічного захворювання. Здається, Фома Аквінський наводить цікавий аргумент, що існування кінцевої мети людського життя впливає з тієї обставини, що ми фактично переходимо від однієї окремої мети до іншої, бо якби не було мірила, на яке ми орієнтувалися б у цьому переході, наші зусилля назавжди були б спрямовані в одному напрямку. Оскільки це неможливо й безглуздо, то з цього випливає, що ми не діяли б зовсім, у жодному напрямку, якби не керувалися якоюсь найвищою метою*. Що б ми не думали про цю парадоксальну аргументацію, в аристотелівській концепції правильної середини немає нічого банального. Цю середину не треба плутати із сучасним поняттям «середнього шляху». Для сучасних людей середній шлях — це легкий шлях, що передба-

описує процес оцінки і вважає термін «корисність» доречним для цього опису. Але такий погляд є ухилянням від труднощів, пов'язаних зі спробою описати за допомогою зовсім не оцінних термінів процес, що є сам по собі оцінним. (Ці труднощі стали нагодою для обміну думками між мною й професором Ернестом Нейджлом; див.: 3 *Natural Law Forum* 68-104 [1958]; 4 id. 26-43 [1959].) Економіст може не турбуватися про те, чого хоче споживач, але він не може бути байдужим до процесу, яким споживач доходить рішення щодо свого бажання. Для того щоб зрозуміти цей процес, економіст мусить бути спроможним на уявну участь у ньому й бути обізнаним з його умовами.

* *Summa Contra Gentiles*, III, ch.II.

чає мінімум зобов'язань. Для Аристотеля середнім був важкий, шлях, на якому ледащі й недосвідчені найвірогідніше мають гинути. У цьому відношенні він ставив такі самі вимоги до інтуїції та інтелекту, що й розумне економічне управління.

ВЗАЄМНІСТЬ І МОРАЛЬ ОБОВ'ЯЗКУ

Досі йшлося про зв'язок між мораллю прагнення й точкою зору, згідно з якою економічна наука займається в основному! розважливим управлінням. Тепер я хочу звернутися до спої рідненості, яка, за моїм переконанням, існує між мораллю обон в'язку та економікою обміну.

Очевидно, що обов'язки — і моральний, і правовий — *мої* жуть виникати з обміну, наприклад обміну обіцянками чи обміну¹ обіцянки на конкретну дію. Якщо існує якась територія, то на ній діють спільні поняття обміну й обов'язку. З іншого боку, було б, звичайно, неправильно намагатися тлумачити всі обов'язки як такі, що виникають з якогось явного обміну. Ми можемо стверджувати, наприклад, що громадянин має моральний обов'язок брати участь у голосуванні та забезпечувати себе достатньою інформацією для свідомого голосування, але при цьому ми не маємо на увазі, що цей обов'язок впливає з якоїсь угоди між ним та його державою або між ним та його співгромадянами.

Для того щоб виявити спорідненість між обов'язком і обміном, нам потрібний третій елемент — сполучний принцип. Ним, на мою думку, можуть бути стосунки взаємності. Обмін, врешті-решт, є лише одним із конкретних виявів цих більш загальних і нерідко більш тонких стосунків. У літературі, присвяченій моралі обов'язку, дійсно дуже багато посилянь на щось схоже на принцип взаємності.

Навіть у найпіднесеніших закликах Нагірної проповіді можна знайти часто повторювану ноту тверезої взаємності: «Не судіть, і вас не судитимуть. Бо яким судом судите, таким і вас судитимуть; і якою мірою мірите, такою й вам міритимуть... Отже, в усьому, як хочете, щоб з вами поводитися люди, так поведіться й ви з ними, бо в цьому є закон і пророки»*.

Такі догми — а їх можна знайти в будь-якій моралі обов'язку — не мають, звичайно, на увазі, що кожний обов'язок вини-

* Матвій 7:1 га 12. Порівн.: Второзаконня 7: 11-12: «Отже, додержуй заповідей, Рстанов, і законів, які сьогодні заповідую тобі виконувати. І якщо ви будете слухати закони ці, то Господь, Бог твій, зберігатиме завіт і милость до тебе, як Він присягався отцям твоїм».¹

кає з особистих стосунків якоїсь ділової угоди. Це стає очевидним, якщо перефразувати це Золоте правило, наприклад, так: «Діставши від тебе гарантію, що ти поводитимешся зі мною так, як сам бажав би, щоб з тобою поводитися, я буду ладен у свою чергу так само поводитися з тобою». Це не є мовою моралі й навіть дружнього спілкування, це — мова обережної й навіть неприязної торгівлі. Засвоїти таке мислення як загальний принцип означало б зовсім зруйнувати соціальні зв'язки.

Золоте правило покликане повідомити нам не те, що суспільство складається з якоїсь системи відвертих ділових угод, а те, що його об'єднують всеосяжні зв'язки взаємності. Ознаки цієї концепції можна знайти в будь-якій моралі обов'язку — від тих, що апелюють головним чином до особистого інтересу, до тих, що ґрунтуються на високих вимогах категоричного імперативу. Скрізь, де заклик до виконання обов'язку намагаються якось обґрунтувати, це робиться завжди за допомогою чогось схожого на принцип взаємності. Так, спонукаючи виборців, що не бажають іти голосувати, ми майже напевно в якийсь момент запитаємо в них: «Чи сподобалося б вам, якби кожний чинив так, як збираєтеся зробити ви?»

Можна заперечити, що ці зауваження стосуються скоріше риторики обов'язку, ніж його соціології. Закономірно, що мораліст, який намагається підштовхнути людей до виконання неприємного обов'язку, має аргументувати, апелюючи до особистого інтересу. Закономірно також, що кожний, хто намагається примусити людей погодитися з небажаним обов'язком (який є фактично зовнішнім примусом), має прагнути надати йому такого вигляду, нібито людина покладає його на себе добровільно — так само, як суворий факт політичної влади вуалювався в історії за допомогою вигадки про якийсь первинний договір.

У цій аргументації, на мою думку, недооцінюється міра, якою принцип взаємності укорінився не лише в наших запевненнях,⁵ й у нашій практичній діяльності. Наведене мною трохи вище перефразування Золотого правила є очевидним викривленням його мети. Проте я не думаю, що його значення було б викривлено, якби ми додали щось на зразок такої умови: «Як тільки стане цілком зрозуміло, що ти аж ніяк не маєш наміру поводитися зі мною так, як сам хотів би, щоб з тобою поводитися, я вважатиму себе вільним від зобов'язання поводитися з тобою так, як бажав би, щоб поводитися зі мною». Тут елемент взаємності наближається до самого обов'язку; він являє собою Щось на зразок «безпомилкової» мети. Люди напевно мають Різні думки щодо того, коли саме досягається ця мета. Однак

існують очевидні випадки, в яких неможливо сперечатися. Такі коли я переконую свого співгромадянина, що він має обов'язок іти до виборчого пункту, мій заклик напевно виявиться не-|дійовим, якщо йому добре відомо, що його бюлетень скоріш за все не буде врахований.

Обов'язок голосувати не є абсолютним, він залежить віді здійснення певних сподівань щодо вчинків інших людей. Це стосувалося б навіть громадянина, який міг голосувати, знаки чи, що його бюлетень не буде врахований, оскільки його **метою** було створити прецедент щодо виявлення певних зловживань! під час виборів. Якщо все суспільство залишиться байдужим і не зворушеним його вчинком, тобто ніяк не зреагує на **нього**, він виявиться цілком безглуздом.

У цьому широкому сенсі існує поняття взаємності, прихова- не в самому понятті обов'язку — принаймні коли йдеться про будь-який обов'язок перед суспільством чи перед іншою люди- ною, яка відповідає за свої дії. Можна уявити собі якийсь суспільний зв'язок, в якому нічого не відомо про обов'язки. Та^який зв'язок може існувати між закоханою парою чи серед невеликої групи людей, об'єднаних якимись надзвичайними обставинами — скажімо, спільним опором в оточенні ворога. У такій ситуації ніхто не думатиме про вимірювання внесків. Доречним! тут принципом організації буде «всі за одного й один за всіх»! Але як тільки внески визначено й виміряно, тобто як тільки з'являються обов'язки, має існувати певний критерій, хоч би який приблизний, за допомогою якого визначаються вид і розмір очікуваного внеску. Цей критерій можна вивести з моделі суспільного ладу, який об'єднує частини цілого — індивідуальні дії. Якесь досить значне порушення цього ладу мусить (якщо **ми** взагалі можемо раціонально судити про цю справу) звільняти людей від тих обов'язків, єдиною підставою існування яких є підтримання порушеної моделі соціальних взаємозв'язків.

У щойно наведеній аргументації неявно присутнє поняття чогось на зразок анонімної співпраці людей, внаслідок якої їхні взаємозв'язки здійснюються через інститути та процедури організованого суспільства. Ця концепція здається далекою від концепції простого обміну економічними цінностями. Але тре- ба згадати, що навіть безпосередні та явні стосунки взаємності аж ніяк не зводяться до чогось схожого на торгівлю кінями. Припустімо, наприклад, що двоє людей обмінюються обіцянками віддати однакові суми грошей до одного й того самого благодійного фонду. Тут звичайні самодостатні мотиви відсутні, так само як поняття виконання зобов'язання, що діє між учас-

никами цього обміну. Проте в цьому випадку ми, безперечно, маємо справу зі стосунками взаємності й, — за умови, що прав благодійного фонду не буде порушено, — відмова однієї зі сторін від своєї обіцянки, правду кажучи, мала б виправдати іншу. Обов'язки обох виникають і залежать від стосунків взаємності, які за видом не відрізняються від тих, що об'єднують членів суспільства в більш складні способи.

Як правило, обов'язки можна дійсно вивести з принципу взаємності, а взаємність, з якої випливає конкретний обов'язок, може справді мати, так би мовити, різні ступені. Інколи це очевидно для тих, кого стосується даний обов'язок; інколи його шлях через суспільні інститути та звичаї є більш таємним і заплутаним. З огляду на це виникає питання; за яких обставин обов'язок, юридичний чи моральний, стає найбільш зрозумілим і прийнятним для тих, кого він стосується? Я гадаю, ми можемо визначити три умови оптимальної дійовості поняття обов'язку. **По-перше**, стосунки взаємності, з яких виникає обов'язок, мають впливати з добровільної угоди між безпосередньо причетними сторонами; вони самі «створюють» цей обов'язок. **По-друге**, взаємне виконання зобов'язань сторонами має бути в певному сенсі рівним за цінністю. Хоча поняття добровільного прийняття зобов'язання значною мірою апелює до почуття справедливості, це апелювання посилюється доданням елемента рівноцінності. Тут не можна говорити про повну ідентичність, бо взагалі безглуздо обмінювати, скажімо, книжку чи ідею на точнісінько таку саму книжку чи ідею. Узи взаємності поєднують людей не тільки **незважаючи** на їхні розбіжності, але й **завдяки** цим розбіжностям. Отже, коли ми шукаємо рівності в тих чи інших стосунках взаємності, нам потрібний певний критерій цінності, який можна застосувати до різних категорій речей. **По-третє**, стосунки у суспільстві мають бути досить рухливими для того, щоб один і той самий моральний обов'язок я міг сьогодні мати перед вами, а ви завтра — переді мною. Інакше кажучи, стосунки взаємності мають бути теоретично і практично оборотними. Без цієї симетрії ми скоріш за все постанемо перед запитанням Руссо: з якої речі я, такий як я є, мушу діяти так, немовби я був іншою людиною, коли я майже напевно знаю, що ніколи не опинюся в її ситуації?*

Це місце з «Емілія» Руссо, КН.IV, цитується тут за Del Vecchio, *Justice* (1952), p.96. Руссо, звичайно, замислював своє запитання як спростування утилітаристської теорії обов'язку. Сам Дель Веккіо високо ставить взаємність у своєму аналізі справедливості. Розріз-

V

Такими є три умови оптимальної реалізації поняття обов'язку, умови, які роблять обов'язок найбільш зрозумілим і найбільш приємним для людини, котра його має. Якщо запитати: «В якому суспільстві ці умови найвірогідніше будуть виконані?» — відповідь буде несподіваною: у суспільстві практичних торговців. За визначенням, члени такого суспільства вступають у безпосередні та добровільні стосунки обміну. Щодо рівності, то розробити якусь точну одиницю вимірювання цінності диспаратних товарів можливо лише за допомогою чогось на зразок вільного ринку*. Без такої одиниці вимірювання поняття рівності втрачає свою сутність і опускається до рівня якоїсь метафори. Нарешті, практичні торговці часто змінюють свої ролі: то продають, то купують. Тому обов'язки, що виникають з їхніх обмінів, є оборотними не лише в теорії, а й на практиці. Такої оборотності ролі, яка характеризує торговельне суспільство, не існує більше ніде — це стає очевидним, коли ми розглядаємо обов'язки, що діють між батьком і дитиною, чоловіком і дружиною, громадянином і державною владою. Хайек вважає сам принцип панування права настільки залежним від стану суспільства, що люди можуть зібратися сьогодні, аби видати закони про свої обов'язки, а завтра не знатимуть, зобов'язані вони їх виконувати чи мають привілеї. Зрозуміло, Хайек ототожнює таке суспільство! із суспільством, організованим за ринковим принципом, і передрікає занепад принципу панування права в будь-якому суспільстві, що зречеться ринкового принципу**.

Цей аналіз передбачає дещо сенсаційний висновок, нібито лише за капіталізму поняття морального та правового обов'язку може розвинути в усій повноті. Такого висновку насправді

няючи просто вимогу й посилання на наявність права, він наголошує, що останнє має передумовою загальний принцип: якщо сторони поміняються ролями, той самий обов'язок має бути покладений на протилежну сторону. Проте ця абстрактна взаємність втрачає велику частину своєї привабливості, якщо цей обмін ролями насправді не може відбутися. Не дуже втішно, наприклад, для раба почути, що якби він народився господарем, а його господар — рабом, то він міг би наказувати там, де зараз змушений підкорятися.

* Hayek, Chapter VI, «Planning and the Rule of Law», *The Road to Serfdom* (1944), pp.72-87.

** Однак варто нагадати про існування планів (принаймі частково здійснених у країнах радянського блоку) управління соціальною економікою за допомогою ринкових принципів. Див., зокрема: Oskar Lange, *On the Economic Theory of Socialism*.

дійшов відомий колись радянський автор Євген Пашуканіс — мабуть, єдиний із радянських філософів, чий внесок до соціальної філософії можна вважати визначним*.

Теорія Пашуканіса набула популярності як теорія права товарного обміну, хоча, мабуть, краще було б назвати її теорією товарного обміну правового й морального обов'язку. Цю теорію було побудовано на двох стовпах марксистської філософії: **по-перше**, в організації суспільства чільне місце посідає економічний фактор, отже, правовий і моральний принципи та інститути являють собою щось на зразок «надструктури», в якій відбивається економічна організація суспільства; **по-друге**, в досягнутому, зрештою, комуністичному ладі право й держава відіміруть.

У своїх головних рисах аргументація Пашуканіса дуже проста. Економічна організація капіталістичного суспільства визначається обміном. Отже, з цього випливає, що правові та політичні інститути такого суспільства будуть просякнуті поняттями, виведеними з обміну. Так, у буржуазному кримінальному праві ми знаходимо перелік злочинів, доповнений відповідними покараннями або спокутами — щось на зразок преїскуранту поганої поведінки. У приватному житті головною фігурою є суб'єкт права, який несе обов'язки, має права і якому надано юридичне право розв'язувати свої суперечки з іншими за взаємною угодою. Отже, суб'єкт права є юридичним відповідником торгівцю в економіці. За комунізму економічний обмін буде скасовано, так само як усі правові й політичні концепції, що з нього випливають. Зокрема, при комунізмі не існуватиме юридичних прав і обов'язків.

Цей самий аналіз було поширено на сферу моралі. З досягненням комунізму мораль у її звичайному розумінні (тобто мораль обов'язку) вже не виконуватиме жодної функції. Як Далеко зайшов Пашуканіс зі своєю теорією, видно з його ставлення до Канта. Погляд Канта, що ми мусимо розглядати свого ближнього як мету, а не лише як засіб, звичайно вважається одним із найшляхетніших проявів його філософії. Для Пашуканіса це було просто відображенням ринкової економіки, бо лише завдяки введенню стосунків обміну ми здатні примусити

Див.: Vol.V, 20th Century Legal Philosophy Series, *Soviet Legal Philosophy*, trans. Babb (1951), «The General Theory of Law and Marxism», pp.111-125. Я спробував коротко викласти теорію Пашуканіса в «Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxist Legal Theory», 47 *Michigan Law Review* 1157-66 (1949).

інших сприяти нашим цілям одночасно з тим, як ми сприяємо їм. Дійсно, будь-який різновид взаємності, хоч би яким кружим шляхом вона діяла у соціальних формах, наділяє людей подвійною роллю: бути метою для себе самих і бути засобом для досягнення мети інших. Оскільки між прихованою взаємністю та відвертим обміном немає якоїсь чіткої зупинки чи перерви, Пашуканіс закінчує висновком, що коли комунізм буде остаточно досягнутий, всі моральні обов'язки зникнуть.

Ці погляди виявилися надто жорсткими (або принаймні незручними) для сучасників Пашуканіса у сталінській Росії, і ві 1937 р. його було ліквідовано. Віддаючи належне його пам'яті, треба сказати, що корені його теорій знаходяться у вченнях прародителів комуністичної ідеї. Вони, очевидно, походять від однотипних доктрин надструктури та майбутнього відмирання; держави й права. Вони мають також дивну емоційну спорідненість з усім ходом Марксової думки, особливо з його юнацькою «темою відчуження». Маркс, здається, мав сильну віразу до будь-якого принципу чи порядку, що міг би примусити одну людину служити цілям іншої, хоча цей примус криється не лише в обміні, а й у будь-якому типі формальної соціальної організації. Ця відраза опосередковано викриває себе в антипатії, яку Маркс протягом усього життя відчував до поділу праці, — антипатії тим більше дивної, що він мав ясно розуміти: економічне виробництво, до якого прагне комунізм, неможливе без досягнень, які є наслідком спеціалізації функцій. Ця фундаментальна антипатія до взаємної залежності найвиразніше виявляється в одному ранньому уривку, де Маркс описує життя в буржуазному — тобто торговому — суспільстві як таке, в якому людина «розглядає інших як засоби, зводить себе саму до ролі засобу та стає іграшкою сторонніх сил»*.

З гірким настроєм цього уривку з Маркса ми можемо порівняти опис економічного обміну, наданий Філіпом Вікстідом, священником унітаристської церкви, що став економістом:

«Щодо ряду придатних для обміну речей ми, як правило, можемо діяти більш ефективно" за допомогою непрямого методу прагнення чи сприяння досягненню найближчих цілей інших людей, ніж за допомогою прямого методу прагнення

* Цитується за Tucker, *Philosophy and Myth in Karl Marx* (1961), p. 105.

Цю книгу дуже рекомендується прочитати кожному, хто хоче збагнути сенс того, що можна назвати «моральним відчуттям» Марксової філософії.

своїх власних цілей... Ми вступаємо в ділові стосунки з іншими не тому, що наші цілі егоїстичні, а тому, що ті, з ким ми маємо справу, дещо байдужі до них, але (як і ми) вкрай зацікавлені у своїх власних цілях, до яких ми, у свою чергу, ставимося майже індиферентно... Звичайно, немає нічого пригноблюючого чи відразливого для наших високих почуттів у цьому факті взаємного сприяння цілям інших через зацікавленість у своїх власних.

Економічні стосунки [тобто стосунки обміну] безмежно розширюють нашу свободу комбінацій та дій, бо вони дозволяють нам створювати одну сукупність груп, пов'язаних між собою єдністю [різних] здібностей і ресурсів, та іншу сукупність груп, об'єднаних спільністю мети, і при цьому нам не треба виявляти «подвійного збігу», який інакше був би необхідним»*.

Якби через якусь зміну плину часу цей уривок міг випередити Маркса й того захопили б висловлені в ньому ідеї і настрої, то світ, мабуть, для всіх нас мав би сьогодні зовсім інший вигляд.

РОЗМІЩЕННЯ ПОЗНАЧКИ НА МОРАЛЬНІЙ ШКАЛІ

Тепер час звернутися до більш загального порівняння понять економіки з поняттями моралі. Розповідаючи про стосунки між двома моральми, я запропонував образ вертикальної шкали, що починається на найнижчому рівні — з умов, безсумнівно необхідних для суспільного життя, — й закінчується найвищим рівнем — найпіднесенішими прагненнями людини до досконалості. Нижчі сходинки цієї шкали репрезентують мораль обов'язку, вищі — мораль прагнення. Відокремлює одну від одної нестала межа, визначити точне місцезнаходження якої важко, але вкрай важливо.

Ця межа являє собою по суті бастион між двома моральми. Якщо мораль обов'язку сягне вгору та вийде за межі притаманної їй сфери, то залізна рука покладеного обов'язку може задусити експериментування, натхнення і щирість. Якщо мораль прагнення втрутиться в царину обов'язку, то люди, можливо, почнуть оцінювати й кваліфікувати свої обов'язки за допомогою власних критеріїв, і скінчиться це тим, що поет топтиме свою АРУЖину в річці, переконаний (можливо, цілком справедливо), Що без неї він буде здатний писати кращі вірші.

^phip Wicksteed, *The Common Sense of Political Economy*, ed. Robbins (1933), pp.156, 179-180.

Схожі стосунки існують між економікою обміну та економікою граничної корисності. Для принципу граничної корисності немає нічого святого; будь-який існуючий порядок має бути перебудований в інтересах підвищення економічних прибутків. Економіка обміну, навпаки, ґрунтується на двох твердих пунктах: власності та договорі. Хоча вона дозволяє зацікавленому розрахунку панувати де завгодно, такий розрахунок виключе^ний, коли йдеться про вірність договору чи повагу до власності. Без альтруїстично-шанобливого ставлення до цих інститутів режим обміну втратив би надійну опору, і ніхто не мав б досить стабільного становища, аби знати, що він може запр^ипонувати або на що розраховувати. З іншого боку, суворість права власності й договору треба утримувати в належних межах. Якщо вона виходить за ці межі, зусилля суспільства спрямувати свої ресурси на її найефективніше застосування руйнуються тією чи іншою системою закріплених законом майнових прав осіб і організацій, наприклад «резервним ринком» різновидом власності, що саме виходить за межі властивості йому! сфери. Тут ми знову стикаємося із суттю проблеми правильного розміщення уявної позначки, і економіст знов-таки має перевагу над моралістом. Якщо йому також важко провести межі лінії, він може принаймні приховати свою неспроможність з поважною термінологією, яка в цьому разі виходить далеко за межі невинної прозорості слова «корисність», пропонуючи та терміни, як монополія, монополія, паралельна діяльність негнучкі ціни.

Можна припустити, що певна властивість негнучкості при^нтаманна будь-якому обов'язку, моральному чи правовому, **Не**залежно від того, виникає він з обміну чи з якихось інших стосунків. Водночас для всіх людських прагнень до досконалості, включаючи прагнення до максимальної економічної ефективності, характерні гнучкість і реакція на мінливі умови. Отже, поширена проблема соціального заміру — це проблема збе^рігання рівноваги між допоміжною структурою та здатністю пристосовуватися й змінюватися. Ця проблема є спільною для моралі, права, економіки, естетики, а також, як показав Майкл Поланьї, для науки*. Характер цієї проблеми не можна адекватно усвідомити, якщо думати про неї в банальних термінах протиставлення безпеки та свободи, бо нас цікавить не лише, питання, чи є окремі люди вільними чи надійно захищеними або чи почувають себе такими, а й досягнення гармонії та

Michael Polanyi, *The Logic of Liberty* (1951); *Personal Knowledge* (1958).

рівноваги між процесами (нерідко анонімними) суспільства загалом*.

У дещо парадоксальному сенсі навіть необхідна соціальна суворість мусить підтримувати себе, і не просто через свою присутність, а й через активний тиск заради свого визнання. Холмс колись зауважив, що кожне юридичне право прагне стати абсолютним**. Можна сказати, що саме ця тенденція до абсолюту становить суттєве значення «права» — чи то юридичного, чи то морального. Так само можна сказати про поняття обов'язку, що його значення полягає в певному опорі обмеженням. На відміну від просто палких бажань, порада щодо добропорозумності, закликів до невизначених ідеалів і т. ін., права й обов'язки (чи то моральні, чи то юридичні) являють собою проблеми, при розв'язанні яких люди часто опиняються в безвиході. У належних випадках їх можна обмежувати, але треба зважати на те, що вони можуть опиратися обмеженню.

Щойно висловлений погляд близько споріднений з хартовою ідеєю «понять, що анулюються»***. Сказати, що якась людина уклала договір, — це не лише невизначено схилити чашу терезів правосуддя до висновку, що вона, можливо, взяла на себе обов'язок. Це означає стверджувати, що вона є зобов'язаною, **якщо не** встановлено якоїсь особливої підстави для її звільнення від обов'язку — наприклад, неправоздатності чи примусу. Можна, мабуть, сказати, що тут виявляється якийсь імпульс моралі обов'язку, висловлений у межах закону, до збереження цільності своєї сфери та до захисту цієї сфери від руйнівної дії тих поглядів, що намагаються розв'язати надто багато систем рівнянь одночасно.

Можна припустити, що питання функції статусу чи інституційної ролі є складовою цієї більш широкої проблеми. Більшу частину Дослідження цієї проблеми, проведеного Честером Барнардом, можна було б, на мою думку, заново викласти в термінах, ужитих у цьому тексті. Див.: Розд. IX у Chester Barnard, *Organisation and Management* (1948).

«Усі права схильні оголошувати себе абсолютними аж до своєї логічної крайності. Проте насправді всі вони обмежені сусідством принципів політики, що відрізняються від тих, на яких ґрунтується конкретне право, й стають досить сильними для того, щоб зберігати свої позиції, коли певної мети досягнуто». *Hudson County Water Company v. McCarter*, 209 U.S. 349, at p.355 (1908).

H.L.A.Hart, «The Ascription of Responsibility and Rights*, in A.G.N.Flew, ed., *Essays on Logic and Language* (1952), pp.145-66.

ВИНАГОРОДИ ТА ПОКАРАННЯ

Залишається коротко згадати про останній прояв відмінності між мораллю обов'язку та мораллю прагнення. Я маю на увазі спосіб, у який ця відмінність мовчазно визнається в наших суспільних звичаях, що стосуються винагород і покарань.

У моралі обов'язку є зрозумілим, що покарання мають пенредувати винагородам. Ми не хвалимо людину або не віддаємо їй шану через те, що вона відповідає мінімальним вимогам суспільного життя. Ми полишаємо її в спокої і натомість зосереджуємо свою увагу на людині, яка виявилася неспроможною на таку відповідність вимогам, висловлюємо їй своє несхвалення або навіть піддаємо якимось відчутнішим неприємностям] Міркування симетрії підказують, що в моралі прагнення] спрямованій на досягнення вищої точки, винагорода й похвала мають відігравати роль, яку покарання та несхвалення відіграють у моралі обов'язку. Певною мірою цей дзеркальний образ зберігається на практиці. Проте досконалу симетрію псує та обставина, що чим більше людина наближається до найвищих зразків людських досягнень, тим менш компетентні інші оцінювати її досягнення.

Заняття розподілом винагород і покарань доволі поширене в нашому суспільстві; виходячи за межі права, воно охоплює таї кож освіту, промисловість, сільське господарство та спорті Зрозуміло, скрізь, де віддається шана чи застосовується якесм ущемлення, обирається певний арбітр чи комітет для прийнятт рішень, і, незалежно від того, йдеться про покарання чи винагроду, від цього органу очікують розумних та неупереджених ді Проте існує все ж таки велика різниця в повсюдно встановлених процедурах призначення покарань і надання винагород. Там, де йдеться про покарання чи ущемлення в правах, ми оточуєм рішення процедурними гарантіями належного процесу, нерідк ретельно розробленими. Такі гарантії й схильні покладати обов'язки, що мають публічну підзвітність. Там, де розподіляютьс винагороди й шана, ми задовольняємося більш неформальними, менш ретельними методами прийняття рішень.

Причина цієї відмінності зрозуміла. Там, де йдеться про покарання та ущемлення, ми діємо на нижчих рівнях людських досягнень, на яких недосконале виконання можна розпізнати, за належної уважності, досить впевнено та встановити формальні критерії для його оцінки. На тому ж рівні, де доречними виявляються шана та нагороди, ми розуміємо, що оточувати пдсуті суб'єктивне й інтуїтивне рішення процедурами, притаман-

ними судовому процесу, мало б небагато сенсу і було б неабияким лицемірством.

У багатьох куточках суспільства можна відшукати численні ілюстрації цієї відмінності. Я наведу лише дві. У стосунках між профспілками та керівництвом звільнення, як правило, є першою з управлінських функцій, що підлягають арбітражному переглядові. Службові підвищення, згідно з конкретним контрактом, можуть ніколи не підлягати такому переглядові, а якщо й підлягають, то є менш благодатним матеріалом для арбітражного процесу, ніж звільнення. У бейсболі помилки офіційно оцінюються експертами й публічно оголошуються, тим часом як визнання прикладів блискучої гри з м'ячем залежить від неформальної opinіo уболівальників і газетних репортерів. Ця практика може, звичайно, спричинити викривлення у підрахуванні середньої кількості зароблених пітчером очок, але ми погоджуємося з цими викривленнями як невеликою ціною за те, щоб уникнути обов'язку точно виміряти речі, які не можна точно виміряти.

Як правило, ми задовольняємося неформальними методами прийняття рішень (нерідко прихованими від громадськості), коли добираємо кандидатів на почесні звання, воєнні відзнаки, медалі героїв, літературні та наукові премії, стипендії різних фондів та для участі в урочистих обідах. Загальновідомим винятком з цієї необов'язковості може здатися ретельно розроблена офіційна процедура залічування до сонму блаженних у римсько-католицькій церкві. Але насправді ця процедура не становить винятку. Її метою є не вшанування святого, а легалізація культу. Мовою адміністративного права це — процедура сертифікації. Обов'язкові дії — в тому числі, так би мовити, творення чудес — неминуче виходять за вищі межі шкали людських досягнень. Однак можливо, що вони належать до нижчих ступенів надприродного.

У суспільній практиці, яку я щойно описав, постійно спростовується така звичайна для моральної аргументації ідея: нібито ми мусимо уявляти абсолютно добре, перш ніж зможемо визначити погане чи просто доречне. Якби це було так, то здавалося б значно легшим визначити п'ять відсотків відхилення від Досконалості, ніж дев'яностовідсотковий відступ від неї. Проте коли йдеться про реальні справи, наш здоровий глузд підказує нам, що ми можемо застосувати більш об'єктивні критерії для визначення відхилень від задовільної поведінки, ніж для оцінки Д'и, спрямованих на досягнення досконалості. І саме на цих позиціях здорового глузду ми будуємо свої установлення та звичаї.

II

МОРАЛЬ, ШО УМОЖЛИВЛЮЄ ПРАВО

Закон, якому людина не може ані підкорятися, ані діяти згідно з ним, не має сили й не є законом: неможливо підкорятися суперечностям або діяти згідно з ними. — Vaughan, C.J. in *Thomas v. Sorrell*, 1671.

Бажано, щоб наші вчені-правники відповіли на питання, що впливають звідси... Чи давала їм коли-небудь Британська держава, коли вони обирали парламент, беззаконну необмежену владу та право свавільно діяти всупереч власним законам і постановам, перш ніж вони їх скасують? — Lilburne, *England's Birth-Right Justified*, 1645.

Цей розділ я почну з однієї досить довгої алегорії. Вона стосується нещасливого царювання одного монарха, який мав доречне, проте не дуже яскраве й навіть не дуже королівське для слуху ім'я Рекс.

ВІСІМ СПОСОБІВ ВИЯВИТИСЯ НЕСПРОМОЖНИМ ЗАКОНОДАВЦЕМ

Рекс зійшов на престол, сповнений реформаторського запалу. Він вважав, що найбільш недопильованою його попередниками була царина права. Протягом кількох поколінь у правовій системі не відбувалося нічого схожого на засадничу реформу. Процедури судочинства були громіздкими, норми права викладені архаїчною мовою минулих часів, правосуддя коштувало дорого, судді були недбалими й інколи продажними. Рекс вирішив усе це виправити й залишитися в історії як великий законодавець.

Дле цього честолюбному замірові не судилося здійснитися, фактично Рекс зазнав поразки, бо не тільки не досяг успіху в запровадженні необхідних реформ, а й взагалі виявився неспроможним створити будь-який закон — добрий чи поганий.

Однак його перша офіційна дія була ефектною та слушною. Оскільки він хотів почати все спочатку, то оголосив своїм підданим про негайне скасування всіх законів. Після цього Рекс розпочав складати новий кодекс. На біду, він як принц виховувався в самотності, а відтак його освіта мала значні недоліки. Зокрема, він виявився нездатним робити навіть найпростіші узагальнення. Хоча йому й не бракувало самовпевненості при розв'язанні специфічних суперечностей, зусилля чітко обґрунтувати кожний висновок виходили за межі його можливостей.

Усвідомивши обмеженість своїх здібностей, Рекс відмовився від проекту кодексу й повідомив своїх підданих, що відтепер діятиме як суддя в будь-яких суперечках, що можуть виникнути поміж ними. Він сподівався, що в такий спосіб його здатність до узагальнень, стимульована різноманітністю судових справ, розвиватиметься і, переходячи від однієї справи до іншої, він поступово розробить систему норм права, які можна буде об'єднати в кодекс. На жаль, недоліки його освіти були глибшими, ніж йому здавалося. Намір Рекса зазнав цілковитої невдачі. Він ухвалив буквально сотні судових рішень, проте ані він сам, ані його піддані не змогли виявити в цих рішеннях хоч би якої системи. Ті спроби узагальнення, які можна було знайти в його опініях, лише доповнювали плутанину, бо подавали його підданим хибні приклади та позбавляли рівноваги його власну обмежену здатність до розсуду під час вирішення наступних справ.

Після цього фіаско Рекс зрозумів, що треба почати все спочатку. Його першим кроком став запис до курсу лекцій з узагальнення. Зміцнивши у такий спосіб свої інтелектуальні можливості, він знову взявся за проект кодексу і після багатьох годин самотньої праці спромігся підготувати досить великий Документ. Проте він все ще був не зовсім впевнений, що Цілковито позбувся попередніх недоліків. Отож він оголосив своїм підданим, що кодекс готовий і відтепер він керуватиметься ним у вирішенні судових справ, але на невизначений час зміст цього кодексу буде службовою державною таємницею, відомою лише Рексу та його переписувачеві. На превеликий подив Рекса, цей розумний план викликав глибоке обурення серед його підданих. Вони заявили, що дуже неприємно, коли чиясь справа вирішується на підставі правил, довідатися про як^і немає жодного способу.

Приголомшений такою відсіччю, Рекс найсерйозніше переглянув сильні та слабкі сторони своєї особистості. Він вирішив, що само життя підказує йому чіткий висновок: легше вирішувати щось заднім числом, аніж намагатися передбачити та контролювати майбутнє. Причому це полегшує не лише вирішення судових справ, але й — що було надзвичайно важливо для Рекса —¹ обґрунтування винесених рішень. Вирішивши здобути капітал з цього відкриття, Рекс розробив такий план. На початку кожного календарного року він розв'язуватиме всі конфлікти, що виникли поміж його підданими протягом попереднього року. Своєї присуди він супроводжуватиме повним викладенням аргументів. Зрозуміло, надані аргументи вважатимуться такими, що не регулюють майбутніх рішень, бо це мало б звести нанівець усе призначення нової системи, яке полягає в здобутті користі від прийняття рішень заднім числом. Рекс упевнено повідомив своїх підданих про новий план, зауваживши, що збирається опублікувати повний текст своїх присудів разом із застосованими в них нормами права і таким чином відповісти на головне заперечення проти старого плану. Піддані Рекса прийняли це повідомлення мовчки, а потім спокійно роз'яснили через своїх лідерів, що коли вони говорили про необхідність знати норми права, то мали на увазі, що їм треба знати їх *заздалегідь*, аби мати змогу діяти на підставі цих норм. Рекс промурмотів щось про те, що вони могли б висловити цей пункт ясніше, але пообіцяв подивитися, чи можна тут чимось зарадити.

Тепер Рексові стало ясно, що неможливо уникнути опублікування кодексу правових норм, які мають застосовуватися в майбутніх суперечках. Продовжуючи свої заняття з узагальнення, Рекс старанно працював над новою редакцією кодексу й нарешті оголосив, що його невдовзі буде опубліковано. Це повідомлення усі прийняли із задоволенням. Проте збентеження Рексових підданих посилилося ще більше, коли його кодекс став доступним і виявилось, що він є справжнім шедевром заплутаності. Спеціалісти з права, що вивчали його, заявили, що в ньому немає жодного місця, яке було б зрозумілим не тільки звичайному громадянину, а й освіченому правникові. Обурення було загальним, і перед королівським палацем невдовзі з'явився пікет із транспарантом: «Як можна дотримувати правил, яких ніхто не може зрозуміти?»

Кодекс було швидко вилучено. Вперше визнавши необхідність допомоги, Рекс доручив групі спеціалістів роботу над новою редакцією. Він наказав їм не торкатися суті, а лише зробити стиль усього документа більш зрозумілим і чітким.

Отриманий кодекс був зразком ясності, але коли його було простудійовано, виявилось, що ця нова ясність лише висвітлила безліч наявних у ньому суперечностей. Рексові чітко доповіли, що в кодексі немає жодного положення, яке не анулювалося б іншим положенням, несумісним з ним. Перед королівським палацем знову з'явився пікет із транспарантом: «Цього разу король ясно виклав свою думку — в обох напрямках».

Знову кодекс було вилучено для перегляду. Однак Рексові вже урвався терпець через його підданих і їхнє негативне ставлення до всього, що він намагався для них зробити. Він вирішив провчити їх і покласти край їхній недоброзичливій критиці. Рекс наказав своїм спеціалістам позбавити кодекс суперечностей, але водночас зробити значно жорсткішими всі вимоги, що в ньому містяться, та додати довгий перелік нових складів злочинів. Так, якщо раніше громадяни, викликані до государя, мали з'явитися до нього протягом десяти днів, то в новому кодексі цей час було скорочено до десяти секунд. Було оголошено злочином, що карався десятьма роками ув'язнення, кашляти, чхати, гикати, непритомніти або падати в присутності короля. Вважалося державною зрадою не розуміти доктрини еволюційного демократичного виправлення, не вірити в неї і неправильно її викладати.

Коли новий кодекс було опубліковано, це призвело майже до революції. Видатні громадяни заявили про свій намір знехтувати його положеннями. Хтось виявив у якогось стародавнього автора нібито доречну цитату: «Наказувати те, чого не можна зробити, не значить створювати закони; це значить знищувати закони, бо наказ, якому не можна підкоритися, має за мету лише збентеження, страх і хаос». Невдовзі цей вислів було процитовано в сотнях петицій до короля.

Кодекс було знову вилучено і на групу спеціалістів знов покладено завдання переглянути його. Згідно зі вказівками Рекса спеціалісти кожену норму, яка вимагала чогось неможливого, мусили переробити таким чином, аби їй можна було підкорятися. Виявилось, що для досягнення цього результату кожне положення кодексу треба було ґрунтовно переписати. Проте ^кнцевий підсумок став тріумфом складення законопроекту. Він ув ясним, позбавленим внутрішніх суперечностей і не вимагав від підданих нічого, що виходило б за межі їхніх можливостей. Кодекс було надруковано і безкоштовно розповсюджено просто на вулицях.

Однак перш ніж настав день, з якого новий кодекс набирав нності, виявилось, що на послідовні переробки первісного

Рексового законопроекту було витрачено стільки часу, що хіі подій значно випередив зміст кодексу. Відтоді як Рекс зайняв трон, було тимчасово припинено нормальний юридичний процес, і це призвело до важливих економічних та організаційних змін у країні. Пристосування до цих нових умов вимагало багатьох суттєвих змін у праві. Тож як тільки новий кодекс **набув** юридичної чинності, до нього щоденно почали вноситися численні поправки. У народі знову стало зростати незадоволення. На вулицях з'явився анонімний памфлет із зневажливими карикатурами на короля та передовою статтею під заголовком: «Закон, що змінюється кожного дня, гірше, **ніж** відсутність закону взагалі».

Недовзі незадоволення з цього приводу почало минати, оскільки темп внесення нових поправок поступово уповільнився! Однак перш ніж це досягло якогось помітного ступеня, Рекс оголосив одне важливе рішення. Обмірковуючи злигодні **свого** царювання, він дійшов висновку, що причина багатьох неприємностей полягає в поганих порадах, які йому давали спеціалісти! Отож Рекс заявив, що знов покладає суддівські повноваження на себе самого. У такий спосіб він зможе безпосередньо контролювати застосування нового кодексу й убереже країну від **нової** кризи. І він почав присвячувати весь свій час слуханню тієї вирішенню судових справ, які виникали за новим кодексом.

Поступово це заняття привело, здавалося, до запізнювання розквіту спроможності узагальнювати, яка тривалий **час** **дрімала** в королі. Його думки дійсно почали відзначатися впевненою і майже надмірною віртуозністю, коли він вправно вилучав **свої** попередні рішення, викривав принципи, на підставі яких **діяв**, формулював керівні напрямки розв'язання майбутніх суперечок. Для підданих Рекса немовби зайнялася нова зоря, вон нарешті дістали змогу узгодити свою поведінку зі зв'язною сукупністю правил.

Проте **ця** надія незабаром похитнулася. Коли оправлені **томи** Рексових присудів стали приступними й були більш ретельно вивчені, його піддані були приголомшені відкриттям того, **ШЯ** не існувало жодного помітного зв'язку між цими присудами та кодексом, який мав до них застосовуватися. Оскільки **Ці** відбивалося на поточному **розв'**язанні конфліктів, новий **кодекс** міг із таким самим успіхом взагалі не існувати. Проте фактично в кожному зі **своїх** рішень Рекс знову й знову декларував, що кодекс є основним законом його королівства.

Лідери громадян почали збиратися на таємні зустрічі й обговорювати, до яких заходів, окрім відвертого повстання, мож

на вдатися, щоб повернути короля, так би мовити, із судової зали до престолу. Поки точилися ці дискусії, Рекс раптово помер — завчасно та з глибоким розчаруванням у своїх підданих.

Його наступник, Рекс II, найперше оголосив, що відбирає у правників повноваження державного управління й передає їх психіатрам і спеціалістам зі зв'язків з громадськістю. У такий спосіб, пояснив він, народ можна зробити щасливим і без правил.

НАСЛІДКИ НЕВДАЧІ

Невдала кар'єра Рекса як законодавця та судді свідчить про те, що спроба створити та підтримувати систему правових норм може провалитися щонайменше вісьмома способами. Замір Рекса містив у собі, якщо хочете, вісім різних шляхів до катастрофи. Перший і найочевидніший полягав у неспроможності взагалі створити будь-яку систему правил, так що кожне спірне питання мало вирішуватися на підставі принципу *ad hoc*. Інші шляхи були такими: (2) неспроможність надати гласності правилам, на дотримання яких він сподівався, або принаймні зробити їх доступними відповідній стороні; (3) зловживання законодавством зі зворотною силою, яке не лише не може керувати діями, а й послаблює цілісність норм з майбутньою чинністю, оскільки наражає їх на небезпеку ретроспективних змін; (4) неспроможність зробити правила зрозумілими; (5) ухвалення норм права, що суперечать одна одній, або (6) норм, що вимагають поведінки, яка виходить за межі можливостей відповідної сторони; (7) внесення таких частих змін до правил, що підданий не може орієнтуватися на них у своїй поведінці; і, нарешті, (8) відсутність узгодженості між декларованими правилами та їхнім фактичним застосуванням.

Цілковита невдача в будь-якому з цих восьми напрямків має наслідком не просто погану правову систему, а щось таке, чого взагалі не можна назвати правовою системою, або хіба що в тому піквіковому сенсі, в якому договір, що не має юридичної сили, може все ж таки вважатися чимось схожим на Договір. Звичайно, не може бути раціональної підстави у твердження, що людина має моральний обов'язок підкорятися правовій нормі, якої не існує, або яку від неї засекречено, або яка з являється лише після вчинення людиною дії, або є незрозумілою, або суперечить іншій нормі тієї самої системи, або азує неможливе, або шохвилини змінюється. Людина може підкоритися нормі, якої не дотримуються ті, кому доручено її осовувати, але в якийсь момент покора стає даремною —

так само як даремно подавати на виборах голос, якого ніхто не збирається враховувати. Як зауважив соціолог Зіммель, ставши дотримуваним правил існує щось схоже на взаємність між урядом і громадянами*. Уряд фактично говорить громадянам: «Ось правила, яких, ми сподіваємося, ви будете дотримуватися, і тоді ми гарантуємо вам, що саме ці правила будуть застосовуватися до вашої поведінки». Коли ці узи взаємності остаточно й цілковито порушуються урядом, не залишається нічого, чим можна обґрунтувати обов'язок громадян підкорятися правилам.

Скрутне становище громадян стає ще складнішим, коли, незважаючи на відсутність повної невдачі в якомусь одному напрямку, існує загальне й різке погіршення законності, як це сталося в Німеччині за Гітлера**. Наприклад, починає розвиватися ситуація, коли одні закони публікуються, а інші, в тому числі найважливіші, — ні. Хоча більшість законів має перспективну силу, вживання ретроспективного законодавства став таким необмеженим, що жодний закон не застрахований від змін пост-фактум, якщо ті, хто при владі, вважають їх зручним

* *The Sociology of Georg Simmel* (1950), перекл. Wolff, 4, «Interaction in the Idea of Law», pp.186-189; див. також: розд.4, «Subordination under a Principle», pp.250-267. Аргументацію Зіммеля варто вивчити тим, хто цікавиться визначенням умов, за яких можна досягти ідеалу «панування права».

** Я обговорював деякі особливості цього погіршення в своїй статті «Positivism and Fidelity to Law», 71 *Harvard Law Review* 630, 648-654 (1958). Ця стаття не заміряється на всеосяжний огляд усіх повоєнних судових рішень у Німеччині стосовно подій, що відбувалися за часів гітлерівського режиму. Деякі з пізніших рішень обґрунтовували нечинність присудів, винесених судами за Гітлера, не тим, що застосовані закони не мали юридичної сили, а тим, що нацистські суди хибно тлумачили закони власного уряду. Див.: Pappe, «On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era», 23 *Modern Law Review* 260-274 (1960). Д-р Паппе надає цій відмінності більшого значення, ніж здається мені доречним. Врешті-решт значення закону частково залежить від прийнятих моделей тлумачення. Чи можна сказати, що повоєнні німецькі суди надали повної чинності нацистським законам, коли тлумачили їх за своїми критеріями замість цілком відмінних критеріїв, чинних за нацистського режиму? Крім того, коли йдеться про такі закони, наповнені туманними зворотами та необмеженим делегуванням повноважень, здається дещо недоречним сушити голову над питаннями їхнього правильного тлумачення. **-Ш**

мій. Для судового розгляду кримінальних справ, що стосуються лояльності режимові, створюються воєнні трибунали, які нехтують, коли їм це зручно, правилами, нібито призначеними контролювати їхні рішення. Дедалі більше головною метою уряду стає, здається, не забезпечення громадян нормами, які формували б їхню поведінку, а доведення їх до безпорадності через залякування. Коли розвиваються такі події, то проблема, перед якою опиняються громадяни, не така проста, як проблема виборця, котрий із певністю знає, що його голос не буде враховано. Вона більше схожа на проблему того виборця, який знає, що обставини взагалі проти врахування його бюлетеня, а якщо його буде враховано, то скоріше за все на користь того, проти кого він насправді голосував. У такому скрутному становищі громадянин має вирішувати для себе, чи зберігати йому відданість цій системі, взявши символічну участь у голосуванні на знак своїх сподівань на кращі часи. Так було з німецькими громадянами за Гітлера, коли вони стояли перед необхідністю вирішувати, чи зобов'язані вони підкорятися тим часткам законів, які нацистський терор лишив неторкнутими.

У подібних ситуаціях не існує простого принципу, за яким можна було би перевіряти обов'язок громадянина бути вірним законові, так само як немає принципу для перевірки його права брати участь у загальній революції. Проте ясно одне. Не треба плутати просто повагу до встановленої влади з вірністю законові. Піддани Рекса, наприклад, були вірними йому як королю впродовж усього його тривалого й невдалого царювання. Але його законам вони не були вірні, бо він не створив жодного.

ПРАГНЕННЯ ДО ДОСКОНАЛОСТІ У СФЕРІ ЗАКОННОСТІ

Ми простежили вісім невдалих шляхів у спробі творити закони, їм відповідають вісім різновидів правової досконалості, до якої може прагнути та чи інша система правил. Те, що з'являється на найнижчому рівні як необхідна умова існування права взагалі, в міру нашого сходження по шаблях досягнень ставить дедалі більші вимоги до людських здібностей. На верхівці Цього сходження ми схильні уявляти певну утопію законності, де всі норми цілком зрозумілі, не суперечать одна одній, відомі всім громадянам і ніколи не мають зворотної сили. У цій утопії правила не змінюються зі впливом часу, вимагають лише можливого й ретельно додержуються судами, поліцією та усіма, кому Доручено їх застосовувати. З причин, які я незабаром наведу, ця Утопія, в якій усі вісім принципів законності здійснюються дос-

конало, насправді не є слушною метою для спонукання прагнень до законності; ціль досконалості набагато складніша. Проте вона пропонує вісім різних критеріїв, за допомогою яких можна піддати законність випробуванню на досконалість.

ДоКладно пояснюючи В першому розділі відмінність між мораллю обов'язку та мораллю прагнення, я згадував уявну шкалу, яка починається на найнижчому рівні з найбільш очевидних і важливих моральних обов'язків і піднімається до найвищих досягнень, доступних людині. Я говорив також про невидиму позначку, яка вказує на ту межу, де закінчується тиск обов'язку й починаються вимоги досконалості. У внутрішній моралі права, як тепер має бути зрозуміло, присутні всі і аспекти. Вона також охоплює мораль обов'язку та мораль прагнення, ставлячи перед нами проблему усвідомлення того, д треба провести межу, нижче якої люди, можливо, прирече на невдачу, але не можуть сподіватися винагороди за успіх, вище якої їхній успіх, можливо, викликати захоплення, неуспіх — в найгіршому разі співчуття.

Застосовуючи цей аналітичний метод до нашої теперішньої теми, важливо розглянути певні відмінні **якості** внутрішньої моралі права. У тому, що можна назвати засадничою мораллю! суспільного життя, обов'язки щодо інших людей взагалі (на відміну від обов'язків перед конкретними особами), як правило вимагають лише утримання від дій, або, як ми говоримо, негативними за характером: не вбивай, не завдавай шкоди, не обмануй, не зводи наклеп і т.п. Такі обов'язки легко піддаються формальному визначенню, тобто коли йдеться чи то про юридичні, чи то про моральні обов'язки, ми здатні розробити критерії, які з певною, хоча й не абсолютною, точністю визначать тип поведінки, якого слід уникати.

Вимоги ж внутрішньої моралі права, хоча й стосуються взаємин із людьми загалом, вимагають чогось більшого, ніж утримання від дій. Вони є, так би мовити, позитивними за характером: опублікуй закон, зроби його послідовним і зрозумілим, пильнуй за тим, щоб твої рішення як посадової особи керувалися цим законом, і т.ін. Для того щоб відповідати цим вимогам, людські зусилля мають бути спрямовані на цілком конкретні досягнення, а не лише відвернуті від шкідливих дій.

Завдяки цим позитивним і творчим властивостям вимог внутрішньої моралі права вона погано піддається усвідомленню через обов'язки, моральні чи юридичні. Незалежно від того, яким бажаним може здаватися той чи інший напрямок людських зусиль, якщо ми стверджуємо, що дотримуватися його є

обов'язком, ми неминуче зіткнемося з необхідністю визначити, в який момент цей обов'язок було порушено. Легко стверджувати, що законодавець має моральний обов'язок робити свої закони ясними та зрозумілими. Але це в кращому разі буде лише заклик, якщо ми не готові визначити ступінь ясності, якого він мусить досягти, аби виконати свій обов'язок. Поняття кількісного вимірювання ясності пов'язане з очевидними труднощами. Звичайно, ми можемо задовольнитися твердженням, що законодавець має принаймні моральний обов'язок намагатися бути зрозумілим. Але це лише відкладає проблему, бо в деяких ситуаціях немає нічого важчого, ніж спроба виміряти, наскільки рішуче людина збиралася зробити те, чого вона не зробила. У моралі права, так чи інакше, від добрих намірів невелика користь, як було переконливо продемонстровано королем Рексом. З усього цього можна зробити висновок, що внутрішня мораль права приречена залишатися значною мірою мораллю прагнення, а не обов'язку. Вона має апелювати перш за все до почуття довіри та професійної самоповаги.

3-поміж цих зауважень є один важливий виняток. Він стосується необхідності обнародувати закони або принаймні робити їх доступними для тих, кого вони стосуються. Тут ми маємо вимогу, яка виявляє незвичайну придатність до формалізації. Писана конституція може проказувати, що будь-який статут ставатиме законом лише після його публікації у визначеній формі. Якщо суди мають повноваження здійснювати це положення, ми можемо говорити про законну вимогу щодо законотворчості. Однак неважко також уявити якийсь моральний обов'язок щодо публікації. Наприклад, звичай може визначати, якого типу обнародування законів очікується, водночас залишаючи неясним, якими наслідками супроводжуватиметься відступ від прийнятого способу публікації. Надання офіційної форми вимогам публічності має безсумнівні переваги над зусиллями, не спрямованими у визначене русло, навіть якщо вони докладаються розумно та сумлінно. Формалізований стандарт промугляції не тільки говорить законодавцеві, де публікувати закони; він також повідомляє підданого (або правника, який репрезентує його інтереси), куди треба звертатися, аби дізнатися ^пПро зміст закону.

Можна припустити, що принципові, який засуджує закони зі зворотною силою, також можна дуже легко надати офіційної форми простого правила, за яким жодний такий закон не прийматиметься або не матиме чинності. Проте таке правило зробило б ведмежу послугу справі законності. Цікаво, що одна з

нібито найочевидніших вимог законності: норма, ухвалена! сьогодні, має регламентувати те, що відбуватиметься завтра, а не те, що відбувалося вчора, — перетворюється на одну з найскладніших проблем усієї внутрішньої моралі права.

Отже, що стосується інших вимог законності, крім промультгації, то найбільше, чого ми можемо сподіватися від конституцій та судів, — це те, що вони врятують нас від хаосу; не можна очікувати від них розпланування дуже численних обов'язкових кроків у напрямку до дійсно значущої досконалості:

ЗАКОННІСТЬ ТА ЕКОНОМІЧНИЙ РОЗРАХУНОК

У першому розділі я намагався продемонструвати, як принцип граничної корисності відіграє дедалі більшу роль у наших рішеннях, коли ми залишаємо мораль обов'язку й підносимося до найвищих рівнів моралі прагнення. На рівні обов'язку будь-яке, що схоже на економічний розрахунок є недоречним. У моралі; прагнення він не лише доречний, а й стає невід'ємною частиною самого морального рішення — тим більшою мірою, чим вищих рівнів досконалості ми сягаємо.

Неважко довести, що щось схоже на економічний розрахунок може знадобитися під час виникнення якогось конфлікту між внутрішньою та зовнішньою мораллю права. Наприклад, з точки зору внутрішньої моралі права бажано, щоб закони не змінювалися зі впливом часу. Проте очевидно, що зміни обставин чи зміни у свідомості людей можуть вимагати внесення змін до реальних цілей права, й іноді незручно частих змін. Тут ми нерідко приречені дотримуватися якогось хиткого середнього курсу між занадто частими змінами та повною відсутністю змін, підтримувані) переконанням не в тому, що обраний курс єдино правильний, а] в тому, що ми мусимо в будь-якому випадку берегтися від прихованої небезпеки, яка підстерігає нас в обох випадках.

Значно менш очевидним, я гадаю, є те, що антиномії можуть виникати всередині самої внутрішньої моралі права. Проте легко довести, що різні вимоги, які становлять цю мораль, можуть інколи суперечити одна одній. Так, бажано, аби закони! водночас залишалися тривалий час стабільними й не встановлювали нездоланних перешкод для покори. Однак швидкі зміни] обставин, наприклад ті, що супроводжують інфляцію, можуть і зробити до того легке підкорення окремому законові дедалі важчим, аж поки воно не стане майже неможливим. Тут знову, можливо, треба буде дотримуватися середнього курсу, який! передбачає певне послаблення обох вимог.

Дід час відвідання Польщі в травні 1961 р. я мав розмову з колишнім міністром юстиції, яку буде доречно тут навести. Він розповів, як на початку комуністичного режиму докладалися серйозні та наполегливі зусилля для розробки законів, досить ясних, щоб їх могли зрозуміти робітники та селяни. Проте незабаром виявилось, що такої зрозумілості можна досягти лише ціною тих системних елементів правової системи, які впорядковують її норми в одне зв'язне ціле й роблять їх придатними до послідовного застосування судами. Інакше кажучи, було виявлено, що надання законам форми, легко зрозумілої громадянам, має зворотний бік, а саме, робить їх застосування судами більш свавільним і менш передбачуваним. Отже, відступ до більш поміркованої позиції став неминучим.

Таких прикладів та ілюстрацій можна навести безліч. Я гадаю, сказаного досить, щоб довести неможливість розглядання утопії законності як ситуації, в якій кожна вимога особливої моралі закону досконало виконується. Це не є особливою властивістю (і, безумовно, не є специфічним недоліком) внутрішньої моралі права. У будь-якій людській діяльності ми завжди стикатимемося з проблемою рівноваги в якомусь місці довгого шляху, що веде від безодні повного краху до верховин людської досконалості.

Тепер час перейти до більш детального розгляду кожної з восьми вимог внутрішньої моралі закону. В цьому розгляді ми матимемо справу з певними проблемами, досі залишеними поза увагою, зокрема тими, що стосуються зв'язку між внутрішньою та зовнішньою мораллю права. Він міститиме також деякі зауваження щодо тих способів, у які проблеми внутрішньої моралі законів реально виникали в історії.

ЗАГАЛЬНІСТЬ ПРАВА

Перша вимога будь-якої системи, спрямованої на регламентування людської поведінки за допомогою правил, ясна: правила мають існувати. Це може бути сформульовано як вимога загальності.

У недавній історії, мабуть, найбільшою невдачею в намаганні ^{СТв}орити загальні правила була та, що її зазнали деякі з наших Регулятивних органів, зокрема ті, які були наділені розподільними функціями. Як і король Рекс, вони почали свою кар'єру в ^{Пе}Реконанні, що, просуваючись спочатку від справи до справи, ни поступово досягнуть розуміння, яке допоможе їм розробити загальні норми прийняття рішень. У деяких випадках ці

сподівання майже цілком не виправдалися; особливо це стосу-
валося Ради з цивільної авіації та Федеральної комісії засобів
зв'язку. Причина цієї невдачі полягає, на мою думку, в характері
завдань, доручених цим органам: вони намагаються за допомо-
гою судових форм зробити те, що неможливо виконати через ці
форми*. Але незалежно від причини спроби цих органів створи-
ти послідовні правові системи можна вважати дуже невдалими]

Причина незадоволення цими органами полягає не стільки в
тому, що їхні правила несправедливі, скільки в тому, що вони
взагалі не розробили жодних значущих правил. Ця різниця є
важливою, бо вимога загальності інколи тлумачиться в тому!
сенсі, що закон мусить діяти безособово, що його норми мають
застосовуватися до загальних категорій і не містити власним
імен. Положення конституції, які позбавляють чинності «зако-
ни, що діють стосовно конкретних осіб» і «спеціальне закон-
давство», є виразом цього принципу**. Але принцип, який захи-
щають ці положення, — це принцип чесності, що належить
точки зору представленого тут аналізу до зовнішньої моралі права]

* Я спробував проаналізувати цю обмеженість можливостей судового
розгляду спорів у двох статтях: «Adjudication and the Rule of Law»
Proceedings of the American Society of International Law (1960), pp. 1–91
«Collective Bargaining and the Arbitrator», *Wisconsin Law Review* 3–46J
(1963). Я планую пізніше опублікувати більш загальний аналіз
назвою *The Forms and Limits of Adjudication*. Див. також с. 160–16

** Див. статтю «Special, Local or Private Laws» в *Index Digest of State
Constitutions* (2d ed. 1959), опубліковану Науково-дослідною ф-
дацією розробки законопроектів Колумбійського університету. Такі
положення створювали численні проблеми для судів і законодав-
чих органів. Інколи їхні вимоги задовольняються за допомогою та-
ких безсумнівно хитрих засобів, як положення, згідно з яким пев-
ний закон має застосовуватися «до всіх міст у штаті, населення
яких за останнім переписом перебільшує 165 тис. і менше за 16а
тис. чоловік». Перш ніж засудити цей очевидний виверт, згадаймо
що одночленний клас або множина є відомим і важливим понят-
тям логіки та теорії множин. Іноді заборона спеціальних законів
спрямована проти досить очевидних зловживань законодавчою вла-
дою. Наприклад, конституція Каліфорнії забороняє спеціальні за-
кони «про покарання за злочини... такі, що регламентують практи-
ку судів... дають розлучення... оголошують когось повнолітнім»
(стаття VI, пар. 25, із внесеними поправками від 4.11.1952). Однак
та сама стаття містить загальну заборону спеціальних або місцевих
законів «у всіх випадках, коли може бути застосований загальний
закон». Це призвело до справжнього «базару» в судових процесах.

Цей принцип відрізняється від вимоги внутрішньої моралі пава, за якою щонайменше мають існувати певні правила, хоч би які справедливі чи несправедливі. Можна уявити собі правову систему, яка спрямована на одну-єдину зазначену особу та пегулює її поведження з іншими зазначеними особами. Щось подібне до цього може існувати між наймачем і робітником. Якщо наймач бажає уникнути необхідності стояти над робітником і керувати кожною його дією, він може визнати за потрібне чітко сформулювати й повідомити робітникові певні загальні принципи поведінки. На шляху до цього він може зазнати таких самих невдач, що й король Рекс. Можливо, йому не вдасться чітко сформулювати загальні правила; якщо і вдасться, то, ймовірно, він не зможе повідомити їх робітникові, і т.д. Якщо наймач досягне успіху в створенні функціонуючої системи правил, він напевно виявить, що йому цей успіх чогось коштував: він не лише доклав певних зусиль та інтелектуальних витрат заради свого заміру, а й сам успіх обмежив його власну свободу дій. Якщо при розподілі похвал і критики він за звичкою знехтує своїми власними правилами, то може виявити, що його правова система розпадається і без усякого відвертого бунту може припинити давати йому те, що він намагався отримати за її допомогою.

У чинних системах, покликаних контролювати та спрямовувати людську поведінку, досить рідко простежується повна неспроможність досягти чогось подібного до загальної норми. Певне узагальнення приховане в акті повідомлення навіть одного-єдиного бажання. Наказ собаці «дай лапу!» вимагає певної здатності до узагальнення і від хазяїна, і від собаки. Перш ніж виконати команду, собака має зрозуміти, який ряд трохи відмінних дій буде визнано за подання лапи. Більш того, добре навчений собака з часом починає усвідомлювати, в яких ситуаціях його можуть попросити дати лапу, й нерідко тягне її завчасно, випереджаючи команду. Цілком очевидно, що щось подібне до цього може відбуватися й відбувається і в людських справах, навіть коли люди, котрі мають владу наказувати, не мають бажання формулювати загальні норми. Проте якщо для повної неспроможності узагальнювати потрібен особливий хист невимістості, як у того короля Рекса, то залишається фактом, що численні правові системи, великі й малі, дуже страждають від⁶ Раку загального принципу*.

Нарікання Герберта Векслера, що деяким із останніх рішень Верховного суду з конституційних питань бракує тієї міри розумної загальності, яка має переконувати в «нейтральності» цього суду, є

Проблема загальності має дуже неадекватне тлумачення в правознавчій літературі. Остін правильно усвідомлював, що права система — це щось більше, ніж ряд нешаблонних проявів політичної влади. Проте його спроба зробити розрізнення *між* загальними та конкретними наказами була такою довільною, як не погодженою з його системою в цілому, що англо-американська література відтоді ледве знайшла вихід із цього первісно хибного шляху*.

Мабуть, головний недолік остінового дослідження полягає в його нездатності розрізнити два питання: (1) що є суттєвим для ефективності системи правових норм і (2) що ми маємо називати «законом»? В аналізі, репрезентованому в цих лекціях, вимога загальності ґрунтується на трюїзмі: для того щоб поведінка людей підлягала контролю з боку правил, мають існувати правила. Це аж ніяк не означає, що будь-який акт державної влади, який має «силу закону» (наприклад, судові рішення), спрямоване проти конкретного підсудного), сам мусить набувати форми викладення якогось загального правила. Немає туї також спроби керувати такими проблемами лінгвістичне доречності, як питання, чи варто називати законом статут, який запроваджує податкову службу в Сентервілі.

ПРОМУЛЬГАЦІЯ

Звертаючись тепер до промультгації (обнародування) законів,] зазначимо, що це дуже давня проблема, яка постає знов і знов! починаючи щонайменше з часів виходу плебсу в Римі**. Хов

останнім за часом виразом ремствування, що бере свій початок ша у витоках самого права. Див.: Herbert Wechsler, *Principles, Politics! and Fundamental Law* (1961).

* Див.: Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1879), Lecture I, pp.94-98; Gray, *The Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), pp.161—162; Brown, *The Austinian Theory of Law* (1906), note on pp.17-20; Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp.37—39; Somlo, *Juristischv Grundlehre* (2d ed. 1927), 20, pp.64-65. Найкраще трактування англійською мовою, яке я зустрів, міститься в Patterson, *Jurisprudence — Men and Ideas of the Law* (1953), ch.5.

** Обговорення цієї теми можна знайти у виданнях Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1879), pp.542-544; Gray, *Nature and Sources of the Law* (2d ed., 1921), pp.162-170. Остін без прицепливості приймає традиційний в Англії погляд, згідно з яким парламентський акт вважається чинним без опублікування.

би якою очевидною та невідкладною здавалася ця вимога, треба визнати, що вона зумовлена принципом граничної корисності. Дійсно, було би безглуздом намагатися просвітити кожного громадянина щодо повного значення кожного закону, який теоретично може бути до нього застосований, хоча Бентам збирався пройти довгий шлях у цьому напрямку*.

Потреба в такій освіті залежатиме, звичайно, від того, наскільки відступають вимоги права від загального уявлення про правильне та неправильне. Упродовж більшої частини своєї історії загальне право намагалось визначити прихований сенс концепцій, яких дотримувалося суспільство того часу. Ця значна міра збігу між моральними та правовими вимогами дуже послабила сенс заперечення, нібито норми загального права, на відміну від норм якогось кодексу, є труднодоступними.

Проблема промудрації ускладнюється питанням: «Що саме вважається законом з точки зору цієї вимоги?» Органи, що приймають рішення, особливо органи адміністративної юстиції, нерідко дотримуються погляду, що хоча застосовувані ними в конфліктах норми мають публікуватися, ця вимога не стосується норм і звичаїв, які керують їхніми внутрішніми процедурами. Проте кожний досвідчений юрист знає, що для того щоб передректи результат судової справи, нерідко важливо знати не лише офіційні норми, якими вона регулюється, а й внутрішні процедури нарад і консультацій, через які ці норми фактично застосовуються. Можливо, саме тому в Швейцарії та Мексиці було розроблено правило, за інших обставин дещо дивне, згідно з яким певні суди мають проводити свої наради публічно.

Людина, яку Т.Арнольд інколи називає «просто реалістом» (коли не залишає цю роль за собою)** , можливо, скаже про

Див., наприклад, освітницькі спроби, рекомендовані в *Rationale of Judicial Evidence*, ch.IV, «OG Preappointed Evidence», *Works*,

^ Bowring's ed., 508-585.

Інколи суддя Арнольд видається здатним поєднувати ролі. У «Теології» професора Харта — «Theology», 73 *Harvard Law Review* 1298, P-1311 (1960) — він промовисто підносить над «простим реалістом», заявляючи: «Без постійного й широкого прагнення до сяючого, але повністю ніколи не досяжного ідеалу панування права над людьми, «розуму» над «особистою преференцією» ми не мали б цивілізованої державної влади». Проте в тій самій статті^В ін жорстко критикує професора Генрі М.Харта за пропозицію, аби Верховний суд присвячував більше часу «розробці колектив-^{Нш} думки». Арнольд заявляє: «Такого процесу не існує й ніколи^е ,^{сн} Увало; людей з певними позиціями ... обмін думками лише Укріплює в їхніх поглядах» (p. 1312).

вимогу промудрації щось на зразок такого: «Врешті-решт ми маємо тисячі законів, з яких лише найдрібніша частка *вс* дома — прямо чи побічно — звичайним громадянам. Навіть *Л* весь цей галас навколо їхнього опублікування? Про те, що *иМ* можна вбивати та красти, громадянин знає, й не читаючи карного кодексу. Що стосується більш складних законів, то їхні повні тексти можна роздавати на кожному розі, і навіть одна людина зі ста ніколи не прочитає їх». На це можна дати цілий ряд відповідей. Навіть якщо лише одна людина зі ста потурбується довідатися, скажімо, про закони, які застосовуються в практичній виклику її до суду, це є достатнім виправданням клопоту, пов'язаного із забезпеченням загальнодоступності законів. Принаймні цей громадянин має право знати, а його не можна визначити заздалегідь. Крім того, в багатьох видах діяльності люди додержуються закону не тому, що знають його безпосередньо, а тому що наслідують взірці, встановлені іншими, кого вони вважають краще поінформованими, ніж самих себе. У такий спосіб об'єднаність у законі небагатьох часто побічно впливає на дії багатьох. Законом має надаватися відповідна публічність також для того, щоб вони підлягали публічній критиці, в тому числі стосовно того, що вони являють собою тип законів, які мають прийматися лише за умови ефективного повідомлення їхнього змісту суб'єктам цих законів. Ясно також, що коли закони не є загальнодоступними, неможливий контроль за їхнім порушенням з боку тих, кому доручено застосовувати ці закони та забезпечувати їхнє дотримання. І нарешті, величезна кількість сучасних законів стосується специфічних форм діяльності, наприклад конкретних професій чи бізнесу; отже, цілком байдуже, що про них не відомо пересічному громадянину. Вимога оприлюднювати закони обґрунтована аж ніяк не такою нісенітницею, як сподівання на те, що справні громадяни сидітимуть і читатимуть їх усі.

ЗАКОНИ ЗІ ЗВОРотноЮ СИЛОЮ

У нашій країні проблему законів, що мають зворотну силу,¹ детально відображено в певних положеннях Конституції Сполучених Штатів* і в окремих заходах, передбачених конс-

* Третій параграф статті I, розділ IX, передбачає, що Конгрес «не може приймати парламентських законів про позбавлення громадянських і майнових прав або законів *ex post facto*». Незважаючи на загальність своєї мови, положення стосовно законів *ex post facto* було складено² іно для застосування лише до кримінальних законів. (Див. статтю III

ти. Цією деяких штатів*. Поза сферами, охопленими цими положеннями, юридична чинність законодавства зі зворотною силою розглядається значною мірою як проблема належної процедур^н - Я не займатимуся заплутаностями та непевностями цієї сукупності конституційних норм**. Натомість я розгляну певні підставові проблеми, що стосуються зв'язку між зворотною силою та іншими елементами законності***.

цитовані в нижченаведеній примітці **). Під парламентськими законами про позбавлення громадянських і майнових прав у Конституції спочатку малися на увазі каральні законодавчі акти, спрямовані проти окремих осіб. Заборона таких законів підтримувалася переконанням не лише в тому, що закони повинні мати перспективну дію, але й (і, мабуть, головним чином) в тому, що каральні заходи мають встановлюватися нормами загального застосування.

Заборона законів про позбавлення громадянських і майнових прав та законів зі зворотною силою поширюється на штати статтею I, розділ X. Цей розділ додає положення, за яким жодний «штат не може... приймати... будь-якого закону, що зменшує обов'язкову силу договору». Як правило, вважається, що це останнє положення позбавляє чинності окрему категорію законів «зі зворотною силою». Однак, як я далі зазначу в тексті, існують реальні проблеми з розробленням точного визначення «закону зі зворотною силою». Ці проблеми особливо загострюються з огляду на «пункт про обов'язкову силу договорів».

- * Див. статті «Ex Post Facto Laws and Retrospective Laws» в *Index Digest of State Constitutions* (2d ed. 1959). Справжній сенс цих статутів переконливо розкрито в розділі 23 частини I конституції Нью-Гемпшира 1784 р.: «Закони зі зворотною силою вкрай шкідливі, жорстокі та несправедливі. Отже, такі закони не повинні створюватися ані для вирішення цивільних судових справ, ані для покарання за злочини».

Див. Hale, «The Supreme Court and the Contract Clause», 57 *Harvard Law Review* 512-557, 612-674, 852-892 (1944); Hochman, «The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation», 73 *Harvard Law Review* 692-727 (1960); «Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts», 71 *Yale Law Journal* 907-951 (1962) (непідписана примітка).

*** v . .

•> літературі з правознавства законам зі зворотною силою приділяється лише обмежена увага. Грей досить детально обговорює зворотню дію судових рішень (Grey, *Nature and Sources of the Law* [2d ed. 1921], pp.89-101, 218-233), але про статuti сказано лише таке: «Законодавчий орган... може, за відсутності будь-якої

Якщо взяти якийсь закон зі зворотною силою сам по собі абстрагуючись від його можливої функції в тій чи іншій правовій системі, то це дійсно щось потворне. Закон існує для того, щоб регулювати людську поведінку за допомогою правил. Говорити про регулювання чи керування поведінкою сьогодні за допомогою правил, які будуть ухвалені завтра, — це чисте безглуздя. Запитувати, як треба оцінювати якусь уявну правову систему що складається лише із законів зі зворотною силою, — все одно що запитувати, який рівень атмосферного тиску в повному вакуумі.

Отже, якщо ми маємо розумно оцінити закони зі зворотною силою, ми повинні поставити їх у контекст системи норм, які мають, як правило, перспективну силу. Цікаво, що в цьому контексті можуть виникати ситуації, в яких надання нормам права зворотної сили не лише припустиме, але й дійсно може мати суттєве значення для обґрунтування законності.

Як і будь-який інший людський замір, спроба задовольнити нерідко складні вимоги внутрішньої моралі права може зазнати різного роду невдач. Саме тоді, коли справи йдуть погано закон зі зворотною силою часто стає незамінним виправним собом. Хоча правильний рух закону в часі — це рух упер-

конституційної заборони, навіть надати новому статуту звороти сили» (там же, р. 187). Кельзен, здається, мало турбувався про закони зі зворотною силою, але зауважив, що оскільки загально визнано, що незнання закону не звільняє від відповідальності, а отже, закон можна належним чином застосовувати до тих, хто про нього знає, то статут зі зворотною силою лише йде в цьому трохи далі застосовуючи закон до тих, хто в будь-якому разі не міг знати про нього. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp.43-44, 7146, 149. Для Шомло ця проблема є питанням чесності; у самій природі права немає справжньої причини, чому закони не можуть мати зворотної сили. Somlo, *Juristische Grundlehre* (2d ed. 1927), 302-303. Лише Остін, здається, вважає, що ці закони становлять серйозну проблему для правового аналізу. Розглядаючи закон як наказ, Для якого додано правову санкцію, він зауважує, що «завдання шкоди чи правопорушення передбачають неправомірний **замір** або один із тих способів неправомірної **недбалості**, які називають необережністю, неухважністю та необачністю. Отож, якщо сторона в судовому спорі не знала, що вона порушила свій обов'язок, або якщо вона не **могла** знати цього, правова санкція в момент правопорушення не матиме юридичної чинності з метою спонукати її» підкоритися наказові. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (4th ed. 1879), p.485.

проте іноді нам треба зупинитися й обернутися, щоб зібрати осколки. Припустимо, в якомусь статуті сказано, що з дня набуття ним чинності шлюби матимуть юридичну силу лише за наявності в свідоцтві про шлюб спеціальної наданої державою марки, яку наклеює особа, що здійснює шлюбну церемонію. Коли статут набуває чинності, виявляється, що через якусь аварію в державній друкарні цих марок немає в наявності. Хоча статут було належним чином обнародовано, він не публікувався широко й той спосіб, у який він ставав відомим, — через розмови поміж тими, хто вступає в шлюб, — виявився недостатнім через те, що не було розповсюджено марки. Між людьми, котрим нічого не відомо про цей закон, укладаються численні шлюби, й нерідко в присутності священика, який про нього також нічого не знає. Це відбувається після тимчасового розпуску легіслатури. Коли законодавчий орган знову збирається на сесію, він приймає закон, який надає юридичної чинності шлюбам, оголошеним нечинними за умовами попереднього закону. Хоча сама по собі зворотна сила другого закону послаблює принцип законності, вона пом'якшує наслідки попередньої неспроможності виконати дві інші умови законності: доведення змісту законів до тих, кого вони стосуються, і можливість підкорятися цим законам*.

Хтось, можливо, схильний зробити з цієї ілюстрації висновок, що закони зі зворотною силою завжди виправдані або принаймні нешкідливі, коли вони покликані виправляти порушення форми. Перш ніж квапитися з таким висновком, було б добре згадати про «р'омівську чистку» 1934 року. Гітлер вирішив, що певні елементи в нацистській партії, які об'єдналися навколо Рьома, становлять перешкоду його режимові. Звичайною для диктатури процедурою в такому випадку було би призначення фіктивних судових процесів з наступним засудженням і стратою. Однак справа не терпіла зволікання, тож Гітлер¹ його прибічники вирушили в скороспішну подорож на південь,

* Через те, що автори законопроектів звичайно ігнорують можливу потребу у «виправних» законах, категоричні конституційні заборони законів зі зворотною силою іноді мали суттєво переформулюватися судами. Так, параграф 20 статті I конституції штату Теннессі 1870 р. передбачає, що «не можна видавати законів зі зворотною Д'єю або законів, які зменшують обов'язкову силу договору». Спочатку це тлумачилось як «не можна видавати законів зі зворотною^с силою або інших законів, що зменшують обов'язкову силу договору». Перші судові справи обговорюються в *Wynne's Lessee v. Wynne*,³² Tenn. 405 (1852).

під час якої розстріляли близько сотні осіб. Повернувшись дЛ Берліна, Гітлер негайно влаштував прийняття закону зі зво-ротною силою, який перетворював ці вбивства на законні страїти. Пізніше Гітлер заявив, що під час цієї історії «верховний суд німецького народу складався з мене самого», зазначивши! що, на його думку, ці розстріли просто супроводжувалися по-рушенням форми, яке полягало в тому, що пістолет знаходився в його руці, а не в руках органів правосуддя*. І з таким погля-дом на питання він міг би навіть скористатися мовою нашого Верховного суду, коли той ухвалював законодавчий акт, назва-ний ним «виправним статутом, призначеним виправляти.І недолики у здійсненні державного управління**».

Другий аспект створення законів зі зворотною силою сто-сується не стільки якогось позитивного впливу, який воно може принагідно мати на внутрішню мораль права, скільки тієї ом ставини, що воно неминуче певною мірою притаманне **суді** дівській посаді. Важливо зазначити, що система регулювання людської поведінки за допомогою офіційно прийнятих норм не обов'язково вимагає судової чи іншої організаційної процедури для вирішення суперечок щодо значення норм. У якомусь не-великому та дружньому суспільстві, керованому відносно пров-тими правилами, таких суперечок може й не виникати. Якшя ж вони виникають, їх можна улагоджувати добровільним пос-годженням інтересів. І навіть якщо їх не можна вирішити • такий спосіб, певна кількість сталих конфліктів на периферії не може серйозно зашкодити ефективності системи загалом. І

Я наголошую на цьому пункті тому, що надто часто вважається] само собою зрозумілим, що суди є просто віддзеркаленням гої ловного призначення права, яке вбачається в урегулюванні су-перечок. Потреба в правилах — так, здається, вважають — ви-никає виключно через егоїстичну, сварливу та уперту натурі людини. У суспільстві янголів не були б потрібні закони.

Проте це залежить від янголів. Якщо янголи можуть жити разом і робити свої добрі справи взагалі без жодних правилі то, звичайно, їм не потрібні закони. Не потребували б вони законів і в тому разі, якби правила, за якими вони б діяли] були мовчазними, неофіційними й усвідомленими інтуїтивно.] Але якщо для того, щоб виконувати свої небесні функції ефек-тивно, янголи потребують «готових» правил, тобто правил, ство-

* Відповідні посилання можна знайти в моїй статті а *71 Harvard Law Review* 650 (1958).

** *Graham v. Goodcell*, 282 U.S. 409, 429 (1930).

РНИХ внаслідок певного позитивно висловленого рішення, тоді м потрібне право в тому вигляді, як його репрезентовано в цих начерках. Якийсь король Рекс, запрошений керувати ними та встановлювати правила їхньої поведінки, не пропустив би нагоди зіпсувати їхню роботу лише тому, що його піддані — янголи. Можна заперечити, що не виникло би принаймні проблеми підтримання відповідності між офіційними діями та встановленими правилами; але це не так, бо Рекс міг би легко потрапити в пастку, адресуючи конкретні вимоги своїм янгольським підданам, що суперечили б загальним правилам, встановленим Рексом для їхньої поведінки. Ця практика могла б мати наслідком певний стан безладу, в якому загальні правила втрачали б свою директивну силу.

У складному та великому політичному суспільстві суди виконують дуже важливу функцію. Жодна система права — створена чи то суддями, чи то законодавцями — не може бути такою досконалою, аби не залишити місця для суперечок. Коли виникає суперечка щодо значення якоїсь конкретної норми, для її розв'язання необхідна якась умова. Найдоречнішим шляхом до такого розв'язання є певна форма судового процесу.

Отже, припустимо, що між А та В виникає суперечка стосовно значення норми статутного права, яка визначає їхні права, їхня суперечка передається на розгляд до суду. Старанно зваживши всі аргументи, суддя може дійти висновку, що вони майже однаково підтримують як позицію А, так і позицію В. У цьому сенсі статут справді не дає йому чіткого критерію для вирішення цієї справи. Проте принципи, що стосуються її вирішення, містяться в цьому статуті, вимоги якого в дев'яти випадках з десяти взагалі не викликали б жодної проблеми. Якщо суддя не здатний винести рішення, то він неспроможний виконувати свої обов'язки щодо врегулювання суперечок, що впливають з якоїсь існуючої сукупності правових норм. Якщо він вирішує цю справу, то неминуче стає учасником акта законодавства зі зворотною силою.

Звичайно, суддя мусить вирішувати справу. Якби завжди виникали сумніви щодо значення тієї чи іншої норми, суддя мав би заявити про існування правового вакууму, й ефективність Усієї системи норм з перспективною дією було б значно послаблено. Для того щоб упевнено діяти на підставі правил, люди мусять не лише мати змогу довідатися про ці правила, а^и бути впевненими, що в разі виникнення суперечки щодо їхнього^г значення можна скористатися певним методом для розв'язання цієї суперечки.

У шойно наведеному випадку аргумент на користь рішення! зі зворотною дією дуже переконливий. Однак припустимо, ін суд діє не з метою розв'язання сумнівів щодо закону, а з метою анулювання одного зі своїх прецедентів. Наприклад, услід за справою А проти В така сама суперечка виникає між С і ОІ С відмовляється залагодити суперечку на підставі рішення, **вн**і несеного в справі А проти В, і звертається до суду. Він переков нує суд у тому, що рішення, винесене ним у справі А проти ВІ було хибним і його треба анулювати. Якщо його буде анульЛ вано заднім числом, то D програє справу, хоча й покладався на рішення суду, яке було, очевидно, на його користь. З іншого боку, якщо рішення у справі А проти В було неправильним і має бути анульовано, то С зробив послугу державі, відмовившись визнати це рішення й подавши його до суду на повторний розі гляд. Звичайно, буде недоладністю, якщо єдиною винагородо» С за цю послугу стане застосування проти нього норми, **яки** тепер загально визнано хибною. Якби суд мав анулювати **цей** прецедент на майбутнє, аби нова норма застосовувалася **лише** до тих справ, що виникатимуть після рішення про анулюванні то важко зрозуміти, в який спосіб приватний позовник матиме хоч би який стимул добиватися скасування рішення, яке **бул**и хибним або втратило свою обґрунтованість внаслідок зміни об- ставин. (Зазначалося, що цей аргумент втрачає свою силу **щ** разі так званого «інституційного позовника» — профспілки **чи** галузевого об'єднання, які постійно зацікавлені в розробці **з**- кону, що виходить за межі специфічних конфліктів*.)

Шойно розглянуті ситуації стосувалися цивільних суперечок.! Зовсім інші міркування треба брати до уваги в кримінальний справах. Це почали визнавати у справах, пов'язаних з анулю* ванням прецедентів, наприклад тих, де суд тлумачить якийсь кримінальний закон як незастосовний до певної форми діяли ності, а потім у пізнішій справі змінює свою думку та анулює **сво**Й попереднє тлумачення**. Якби це анулююче рішення подумкЯ спрямувати в минуле, то люди були б затавровані як злочинця що діяли, розраховуючи на суддівське тлумачення закону.

Припускалося, що різні міркування застосовні до тих справ, де суд улагоджує не вирішені перед тим непевності у засто-] суванні якогось кримінального закону, й що такі справи маюти розглядатися саме так, як цивільна справа А проти В, згадана вище. Я вважаю такий погляд хибним. Дійсно, тут існують

* Див. примітку до *Yale Law Journal*, процитовану в прим. **, с.55.

** Ibid.

Вні гарантії, які пом'якшують те, що виглядає як величезна несправедливість: заднім числом оголошувати злочином те, що раніше не було очевидно злочинним. Якщо кримінальний закон загалом ненадійний у застосуванні, його можна оголосити неконституційно невизначеним. Крім того, визнаний принцип тлумачення полягає в тому, що кримінальний закон має тлумачитися строго, тобто дії, що виходять за межі його звичайного значення, не можуть вважатися кримінальними лише тому, що становлять такий самий вид небезпеки, що й описані мовою цього закону. Проте можливе таке формулювання кримінального закону, що хоча в дев'яти випадках із десяти його значення досить ясне, в десятому випадку, наприклад за виникнення якихось особливих фактичних обставин, воно може виявитися таким туманним, що не буде реальним попередженням конкретному підсудному про кримінальність його дій. Це передусім стосується справ, пов'язаних з економічним регулюванням. Суди звичайно припускали, що в таких справах вони не мають іншого вибору, як розв'язувати сумніви, створюючи таким чином кримінальні закони зі зворотною силою. Інакше кажучи, ця проблема розглядається так, немовби вона цілком нагадувала цивільний позов. Проте в такій кримінальній справі, як ця гадана, виправдувальний вирок не залишає нерозв'язаних суперечок; він просто означає, що підсудний є вільним.

Я гадаю, що варто визнати принцип, згідно з яким підсудний не вважається винним у злочині, якщо закон, застосований до його конкретної ситуації, був таким неясним, що незалежно від того, чи був він так само неясним в усіх випадках, його треба вважати нечинним через сумнівність. Цей принцип усунув би неправильну аналогію з цивільними позовами й узгодив би те, що можна назвати специфічною сумнівністю, із законом. Щодо кримінальних статутів, загалом сумнівних.

Залишається розглянути найскладнішу з усіх проблем: як дізнатися, коли саме законодавчий акт треба вважати таким, що має зворотну силу. Найпростішим випадком є такий статут, що передбачає криміналізацію дії, яка на момент її здійснення була цілком законною. Положення конституцій, що забороняють закони зі зворотною силою, спрямовані насамперед проти таких статутів. Принцип *nulla poena sine lege* (немає покарання без закону, який його встановлює) — це принцип, якого дотримуються всі цивілізовані нації. Причина такого заборони засудження кримінальних законів зі зворотною силою полягає не лише в тому факті, що в кримінальних процесах надто високі ставки. Воно пояснюється також — і навіть

передусім — тим, що з усіх галузей права кримінальне право найочевиднішим і найпрямішим чином стосується формування та контролювання людської поведінки. І саме кримінальний закон зі зворотною силою найбільше нагадує брутальну нісенітницю наказу людині сьогодні зробити щось вчора.

Порівняймо з кримінальним законом зі зворотною силою якийсь закон про оподаткування, вперше ухвалений, скажімо, в 1963 р., що встановлює податок на прибутки, отримані в 1960 р., коли такі прибутки ще не підлягали оподаткуванню. Такий закон, можливо, надзвичайно несправедливий, але, строго кажучи, його] не можна назвати законом зі зворотною силою. Звичайно, він обґрунтовує розмір податку тим, що відбулося в минулому. Але єдина дія, якої він вимагає від свого адресата, дуже проста: заплатити необхідний податок. Ця вимога має перспективну дію. Інакше; кажучи, ми не ухвалюємо сьогодні законів про оподаткування, які наказують людині сплатити податки вчора, хоча ми можемо прийняти сьогодні якийсь закон, що визначає суму оподаткування на підставі подій, які відбулися в минулому.

Звичайному громадянину шойно викладений аргумент здасться, мабуть, чистісіньким викрутасом. Він, напевно, скаже, щої так само, як людина може вчинити якусь дію, бо знає, що вона законна за існуючим кримінальним правом, вона може укласти якусь ділову угоду, знаючи, що отриманий нею прибуток за існуючим правом не підлягатиме оподаткуванню. Якщо крні мінальний закон зі зворотною силою є потворним, бо призначав покарання за вчинок, який не підлягав покаранню в момент його здійснення, то так само несправедливим є закон, що встановлює розмір податку з людини за діяльність, яка не оподатковувалася на той час, коли людина вирішила нею зайнятися.

Відповідаючи на цей аргумент, слід привернути увагу до наслідків, які могло би спричинити цілковите погодження з ним! У своїх розрахунках і рішеннях люди зважають на будь-які закони, а не лише на податкові. Людина може приймати рішення про здобуття того чи іншого фаху, одруження, обмеження чи збільшення чисельності своєї сім'ї, остаточне розпорядження своїм майном — і все це з урахуванням існуючої сукупності правових норм, до якої входять не лише закони про оподаткування, а й закони про майнові права та норми договірної права, а можливо, навіть виборчі закони, які є підставою для того чи іншого розподілу політичної влади. Якби кожного разу, коли людина у своїх справах покладалася на існуючі закони і їй гарантувалася відсутність будь-яких змін у нормах права, вся сукупність наших законів була б закоснілою навечно.

На цей аргумент можна було б дати приблизно таку відповідь: закони про оподаткування не зовсім такі, як інші закони. По-перше, вони безпосередньо пов'язані з плануванням нами своїх справ. Крім того — і це набагато важливіше, — їхньою головною метою часто є не просто збільшення державних прибутків, а й формування людської поведінки способами, які вважає бажаними законодавець. У цьому відношенні вони близько споріднені з кримінальним правом. Норми речового та договірного права ані наказують, ані рекомендують якогось конкретного способу дій; їхнє призначення — лише захищати набутки, які є наслідком не визначених точно дій. Податкові закони, з іншого боку, умовлянням добиваються від людей певних способів поведінки або ж, навпаки, відмовляють від них, і саме в цьому нерідко полягає їхня мета. Коли вони в такий спосіб стають чимось схожим на заміник кримінального права, вони втрачають, так би мовити, свою первісну невинність. У тому випадку, з якого ми почали цю дискусію (де за законом певні види прибутків спочатку не оподатковувалися), можливим призначенням закону було спонукати людей до укладання саме таких ділових угод, які принесли б саме такі прибутки. І коли пізніше прибутки, отримані з цих угод, оподатковуються, люди виявляються фактично покараними за те, до чого сам закон їх спершу заохочував.

На це можна відповісти так. Будь-які закони можуть спонукати людей до конкретних форм поведінки або утримувати їх від неї. Наприклад, можна вважати метою всього договірного права заохочування людей до організації їхніх справ за допомогою «приватного підприємництва». Якщо бізнесові операції плануються частково з урахуванням існуючого договірного права, чи має це право бути назавжди захищеним від змін? Припустимо, що людина, яка не вміє читати або писати, стає брокером у операціях з нерухомістю в той час, коли усні агентські договори мають позовну силу. Чи має вона бути захищена від якогось пізнішого закону, який, можливо, вимагатиме, щоб такі договори мали письмову форму й були засвідчені підписами? Що стосується аргумента, нібито закони про оподаткування часто мають явне призначення заохочувати людей до певних видів діяльності або утримувати від них, то хто може сказати, чому саме полягає функція податку, крім того, що він збільшує державні прибутки? Один законодавець може видавати переду якомусь податку з однієї причини, другий — зовсім з іншої. ⁸ *Чо ми скажемо про податок на алкогольні напої? Полягає його* ^{А^е} *а в тому, щоб знеохотити людей пити, чи в тому, щоб* ^{^^т} *збільшити державний прибуток через спеціальний податок з*

тих, чиї життєві звички свідчать про те, що саме вони спроможні сприяти покриттю витрат держави? На такі питання не може бути чіткої відповіді.

У цьому місці ми мусимо ненадовго перервати цей діалог і полишити його спірні питання нерозв'язаними. Метою цього діалогу було просто зазначення деяких труднощів, пов'язаних з поняттям закону зі зворотною силою, — труднощів, що аж ніяк не обмежуються законом про оподаткування. Для подолання цих труднощів суди часто вдавалися до поняття договору між державою та громадянином. Так, якщо надається якась податкова пільга на користь певного виду діяльності, яка пізніше скасовується, то нерідко застосовується такий критерій, як питання чи справедливо вважати, що держава уклала якийсь договір для збереження пільги. Треба зауважити, що це поняття договору між державою та громадянином може ставати невизначено широким. Як показав Георг Зіммель, позиція держави як верховної влади ґрунтується в кінцевому підсумку на мовчазній взаємності*. Одного разу чітко висловлена, ця взаємність може бути поширена на всі вісім принципів законності. Якби король Рекс був не спадковим монархом, а обраним на посаду довічно завдяки обіцянці реформувати правову систему, то його піддані цілком могли б почувати себе вправі скинути його. Погляд, що революція можна виправдати порушенням договору з боку державної влади, звичайно, застарілий. Ця ідея, за загальним визнанням, повністю виходить за межі звичайних засновків правового мислення. Проте в самій правовій системі з'являється її більш поміркований варіант, коли юридична чинність законодавства зі зворотною силою ставиться в залежність від вірності держави договору між нею та громадянином.

У цій дискусії про закони зі зворотною силою дуже наголошувалося на труднощах аналізу. Тому я хотів би нагадати, *шлях* не кожний аспект цієї теми оповитий темрявою. Як і у випадки інших вимог, що створюють внутрішню мораль права, труднощі та нюанси не повинні заступати нам той факт, що тимчасом як досконалість є туманною метою, кричущі неподобства розпізнати неважко. У пошуках прикладів очевидних зловживань нам неї обов'язково обмежуватися гітлерівською Німеччиною або сталінською Росією. У нас також є законодавці, які у свій, більш скромний, спосіб виявляють своє переконання в тому, що цілком виправдовує засоби. Візьмемо, наприклад, один із федеральних законодавчих актів, ухвалених у 1938 р. Він робить «неправо-

* Див. прим. * на с.44.

мірним для будь-якої особи, засудженої за вчинення насильницького злочину... отримання будь-якої вогнепальної зброї чи набоїв, транспортованих у рамках торгівлі між штатами або зовнішньої торгівлі». Автори цього законопроекту цілком виправдано вважали, що особи, про яких у ньому йдеться, загалом не належать до найнадійніших наших громадян. Вони також цілком зрозуміло плекали потаємне бажання надати цьому закону зворотної сили. Проте, уявляючи неможливість такого рішення, вони намагалися досягти найближчого до нього оптимального варіанта. Вони внесли до законопроекту правило: якщо внаслідок торгівлі між штатами будь-яка вогнепальна зброя потрапляла до особи, яка відповідала зазначеній у законі категорії, то мало бути презюмованим, що вона отримала зброю після дати набуття цим законом чинності. Цей зразок надмірної законодавської спритності було спростовано Верховним судом у справі «Тот проти Сполучених Штатів»*.

ЯСНІСТЬ ЗАКОНІВ

Вимога ясності становить одну з найсуттєвіших складових законності**. Хоча це твердження навряд чи викликає сумніви, я не впевнений, що люди завжди усвідомлюють ту відповідальність, яка пов'язана з виконанням цієї вимоги.

Tot v. United States, 319 U.S. (1942). Суд спростував також іншу презумпцію, що містився в цьому законі. Вона передбачала, що володіння вогнепальною зброєю чи набоєм особою, яка підпадає під характеристику, надану цим законом, має бути приводом для презумпції, що зброю було отримано після перевезення її в рамках торгівлі між штатами або зовнішньої торгівлі.

У правознавчій літературі ця вимога обговорюється мало. Короткий розгляд у посмертній праці Бентама *The Limits of Jurisprudence Defined* (1945), р.195, цілком присвячений нелегкій спробі розробити якусь термінологію, здатну допомогти в розрізненні категорій неясності. Можна було сподіватися, що Остін серед «законів, помилково наз-^{ва}них законами» (*Lectures*, pp.100-101), назве цей абсолютно незрозумілий законодавчий акт. Але він не з'являється в його дискусії. Проте нехтування цією темою з боку авторів-позитивістів є досить зрозумілим. Визнання того, що закони можуть мати різну міру ясності, потягло б за собою ще одне визнання: що закони можуть ^{ати} Різний ступінь ефективності, що неясний законодавчий акт фактично є менше законом, ніж ясний. Але це означало би погодитися з твердженням, яке суперечить головним засновкам позитивізму.

Сьогодні існує сильна тенденція ототожнювати право не з нормами поведінки, а з певною ієрархією влади чи підпорядкованості. З таким поглядом, що сплутує вірність законів з шанобливим ставленням до офіційної влади, легко дійти висновку, що судді, поліцейські та обвинувачі можуть порушувати законність, а законодавчі органи — ні, за винятком можливих правопорушень проти відвертих конституційних обмежень їхніх повноважень. Проте очевидно, що заплутане й непослідовне законодавство може зробити законність недосяжною для будь-кого або принаймні недосяжною без несанкціонованого внесення змін, яка саме послаблює законність. Воду із зараженого джерела іноді можна очистити, але лише тією ціною, що вона стане дещо іншою, ніж була. Перебування на верхівці системи влади не звільняє легіслатуру від обов'язку поважати вимоги внутрішньої моралі права — навпаки, це посилює її відповідальність.

Високо цінувати законодавчу ясність не означає засуджувати невдалі норми права, в яких юридичні наслідки залежать від таких критеріїв, як «сумлінність» і «належна обережність». Інколи найкращим способом досягти ясності є використання та втілення в законі критеріїв оцінки, продиктованих здоровим глуздом, що виникли у звичайному житті поза стінами законодавчих органів. Урешті-решт, саме це ми неминуче робимо, коли вживаємо звичайну мову як засіб передавання намірів законодавця. Як зауважив колись Аристотель, ми не можемо бути точнішими, ніж це дозволяє характер предмета, з яким ми маємо справу. Показна ясність може бути більш небезпечною, ніж чесна, відверта невизначеність.

З іншого боку, є серйозною помилкою — і цієї помилки припускаються постійно — гадати, що хоча заклопотаний автор законопроектів не може знайти способу перетворити свій замір на чітко сформульовані правові норми, він завжди мож

У нашій країні наполягали на тому, що зовсім без посилань на якісь норми, побічно встановлені конституціями, суди відмовлялися б від будь-яких спроб застосовувати закони, докорінно позбавлені ясності. Aigler, «Legislation in Vague or General Terms», 21 *Michigan' Law Review* 831-851 (1922). Проте коли цей закон було розроблено, вимогу ясності було об'єднано з доктриною неконституційної невизначеності, й застосування цієї доктрини майже цілком обмежувалося кримінальними справами. Див. докладну примітку Д' «The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court», 109 *University of Pennsylvania Law Review* 67-116 (1960).

нам адміністративної юстиції. Насправді це залежить від характеру делегованої проблеми. Наприклад, у торговому праві вимоги «чесності» набувають точного значення від сукупності торгової практики та принципів поведінки, спільних для якоїсь співдружності торговців. Однак помилковим буде висновок, що всі людські конфлікти можна чітко відобразити в правилах, виведених, справа за справою, з критерію чесності.

Отже, треба робити розрізнення, коли ми стикаємося з огульним засудженням з боку Хайєка правових норм, які вимагають «чесності» або «обґрунтованості»:

«Можна було б написати історію занепаду принципу панування права... згідно з поступовим введенням цих невизначених формул у законодавство та юрисдикцію* і зростаючою довільністю й непевністю закону та правосуддя і неповагою до них внаслідок цього»**.

Більшу частину дуже необхідного розділу правознавства сьогодні ще не написано. Цей розділ має бути присвячений аналізу обставин, за яких проблеми державного регулювання можна спокійно переуступити судовому рішення, не без підстав сподіваючись на виявлення цілком ясних критеріїв рішення внаслідок розгляду в судових справах суперечок у міру того, як вони виникають. У розв'язанні проблем цього фундаментального характеру навряд чи можна рекомендувати методи «очікувальної політики» або «соціального експериментування».

СУПЕРЕЧНОСТІ В ЗАКОНАХ

Досить очевидно, що законодавець, аби уникнути ненавмисних суперечностей у законах, має докласти неабияких зусиль. Менш очевидними є труднощі, пов'язані з усвідомленням існування тієї чи іншої суперечності або визначенням її за допомогою теоретичної термінології.

Прийнято вважати, що це лише проблема логіки. Суперечність — це те, що порушує закон тотожності, за яким А не може бути не-А. Проте цей формальний принцип, якщо він взагалі має будь-яку цінність, до суперечливих законів незастосовний***.

Візьмемо ситуацію, в якій суперечність «з точки зору логіки» здається найбільш очевидною. Припустимо, що в якомусь окре-

м Мається на увазі, безсумнівно, «судовий розгляд», а не «юрисдикція».
^ Наук, *The Road to Serfdom* (1944), p.78.

Дуже формалістичне дослідження Кельзеном проблеми суперечливих норм, я вважаю, ніяк не допомагає законодавцеві, який бажає

мому законі можна виявити **два** положення: одне вимагає від власників автомобілів 1 січня встановити нові номерні знаки друге оголошує злочином виконання будь-яких робіт **у цей день!** Тут нібито **має** місце порушення закону тотожності: одну діл **не** можна одночасно забороняти й наказувати. Але чи є якесь порушення логіки в тому, що людину примушують щось зробити, а потім карають її за це? Ми з певністю можемо сказати! що ця процедура **не має** сенсу, однак, роблячи такий висновок,; **ми** мовчазно вважаємо доведеною мету свідомого спрямування людських зусиль. Навряд **чи** можна сподіватися, що людина,! **яку** регулярно карають за те, що **їй** було наказано зробити,! належним чином виконуватиме майбутні накази. Якщо наше поводження з нею є частиною спроби створити якусь систему! правил для керування її поведінкою, то ця спроба зазнає невдачі.1 З іншого боку, якщо нашою метою є доведення цієї людини длГ нервового розладу, то **ми**, мабуть, досягнемо успіху. Але в жодному разі **ми** не схибимо проти логіки.

Один із визнаних принципів розв'язання видимих суперечностей **у** законі полягає в пошуку можливостей узгодження положень, які здаються несумісними. Згідно з цим принципом! **у** суда може виникнути ідея визнати людину, яка встановлювала номери на свою машину в день новорічних свят, винною в скоєнні злочину, **а** потім звільнити її від покарання, бо вона працювала **за** примусом закону. **Це** здається досить штучним рішенням, однак в історії права приймалися **й** більш дивні прсяцедури. Колись **у** канонічному праві існував принцип, згідно я яким будь-яке договірне зобов'язання, зроблене **під** присягою! мало обов'язкову силу, **а** також інший принцип, за яким певні види договірних зобов'язань, наприклад перед здирником абв лихварем, **не** накладають жодного обов'язку. **Що** тоді мав рої бити суд **у** випадку договірного зобов'язання перед лихварем* зробленого **під** присягою? Рішення було таке: наказати боржникові виконати договір перед кредитором, а потім негаИ **но** примусити кредитора повернути щойно одержане*. **Ця** куй йозна процедура мала, можливо, навіть якийсь символічний сенс. Спочатку, примушуючи **до** виконання договору, суд Нагоq

уникнути суперечностей, або судді, який намагається розв'язати * Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp.374-375 та ін. Небагато можна здобути і з розгляду Бентамом «несумісностей». Everett] *Bentham's Limits of Jurisprudence Defined* (1945), pp. 195—198.

* Rudolph von Jhering, *Geist des roemischen Rechts*, II—2 (6th and 7th eЯ 1923), par.45, p.491.

лошував на значенні правила про обов'язкову силу обіцянок, зроблених під присягою, а потім, анулюючи свою постанову, нагадував кредиторів, чого тому коштувала його хитрість.

Якщо ж суд, зіткнувшись із законом про новорічні свята, не побачить сенсу в засудженні звинуваченого з наступним звільненням його від штрафу, він може прийняти одне з двох тлумачень цього закону: (1) розділ, який оголошує злочином працю в день новорічних свят, має юридичну перевагу над положенням щодо номерних знаків, отже, власник автомобіля може на законній підставі відкласти встановлення номерів до 2 січня; (2) положення щодо номерних знаків має юридичну перевагу над заборобою працювати, отже, власник мусить встановити номери 1 січня, але при цьому він не вчинить злочину. Менш очевидним, проте набагато кращим рішенням було б поєднання цих тлумачень, тобто власник, який встановлює номери 1 січня, не порушує закону і так само в межах закону діє власник, який відкладає цю процедуру до 2 січня. Таким рішенням було б визнано, що головна проблема цього закону полягає в тому, що він дає громадянинові заплутані вказівки, отже, тому треба надати можливість розв'язати цю плутанину в будь-який спосіб, не завдаючи самому собі шкоди.

Не завадить розглянути ще один «внутрішньо суперечливий» закон — цього разу реальний. У судовій справі «Сполучені Штати проти Кардиффа» президента компанії, що виробляла продукти харчування, звинуватили в злочині, який полягав у тому, що він не дозволив федеральному інспекторові оглянути свою фабрику для визначення її відповідності вимогам Федерального закону про харчові продукти, лікарські та косметичні засоби*. Стаття 704 цього закону визначає умови, за яких інспектор має право відвідувати фабрики; одна з цих умов — попереднє отримання Дозволу власника. Стаття 331 криміналізує відмову власника «дозволити доступ або інспекцію, узаконену статтею 704». Тож закон нібито проголошує, що інспектор має право входити до фабрики,

З власник має право не впускати його, відмовляючи йому в дозволі.

Днак є дуже простий спосіб усунути цю гадану суперечність: витлумачити цей закон у тому сенсі, що власник порушує його, якщо відмовляється впустити інспектора після того, як дав згоду його вхід. У тому, що це поставить його відповідальність у до ЄЖн,сть В. Д власного добровільного вчинку, немає нічого паравон сальног о; людина не зобов'язана давати обіцянок, однак якщо ^ ^ ^ Дає ^ то, мабуть, покладає цим на себе відповідальність.

*³⁴ 4 U.S. 174 (1952).

Верховний суд розглянув це тлумачення, але відмовився прийняти його. Проблема полягала не в тому, що йому бракувала логіки, а в тому, що воно не відповідало жодній розумній законодавчій меті. Зрозуміло, що Конгрес, мабуть, бажав забезпечити інспектору змогу відвідувати фабрику всупереч проїї тестові власника. Незрозуміло, чому він обмежив це правої інспектора неправдоподібним випадком якогось ексцентрично-го власника фабрики, котрий спочатку дає дозвіл увійти, а потімі зачиняє двері. Цей закон мав би сенс, якби умову попередньоїго отримання інспектором дозволу було витлумачено як звичайну вимогу ввічливості щодо призначення зручного дня те часу, хоча мова закону суперечить такому тлумаченню. Верховний суд визнав, що зіткнення цих двох положень має надто! двозначний наслідок для адекватного попередження про характер злочину; тому суд анулював засудження.

Досі наше обговорення торкалося суперечностей, які виникають в межах одного законодавчого акта. Більш складні проблеми можливі, коли виявляється, що закон, прийнятий, скажімо, в 1963 р., суперечить положенням зовсім іншого закону, прийнятого в 1953 р. Тут зазвичай приймається рішення вважати, автоматично скасованим будь-яке положення більш раннього! закону, несумісне з пізнішим законодавчим актом, за принципом *lex posterior derogat priori* (пізніший закон скасовує більш ранній)*. Але в деяких випадках доречнішим способом розв'язання цієї проблеми може бути додержання принципу, який тяпер застосовується в разі виникнення суперечностей всередині одного закону, а саме здійснення взаємного узгодження між двома законами, коли один тлумачиться в світлі іншого. Проте таке! рішення мало б свої труднощі. Зокрема, треба усвідомлювати необхідну межу, бо суди можуть легко вдатися до ризикованої спроби перетворити сукупність нашого статутного права в більш послідовне ціле. Перетлумачення старих статутів у світлі нових також може бути пов'язане зі скрутними проблемами законодавства зі зворотною силою. Я не намагатимуся продовжувати розгляд цих питань. Було вже досить сказано, аби дійти ясного висновку: законодавча недбалість щодо взаємної узгодженості законів може бути дуже шкідливою для законності, і Д^{ЛЯ} відвернення цієї шкоди не існує якогось простого правила.

Пропонувалося замість «суперечностей» (*contradictions*) у правовій та моральній аргументації говорити про «несумісності»

* Perelman and Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique — Traité de l'Argumentation* (1958), pp.262-276.

(*incompatibilities*) речей, які не сполучаються або погано сполучаються одна з одною. Тут доречний інший термін, дуже популярний в історії загального права: «ворогуючий» (*repugnant*). Він є особливо слушним, оскільки ми говоримо про суперечливі закони, що вони воюють один з одним, хоча й не обов'язково знищують один одного, як це роблять, за припущенням, суперечливі твердження в логіці. Іншим вдалим терміном, який вийшов з ужитку, є слово «невідповідний» (*inconvenient*) у його первісному значенні. Невідповідним був закон, який не відповідав іншим законам, не узгоджувався з ними (порівняймо: *convenir* у сучасній французькій — «узгоджуватися» або «відповідати чомусь»).

Із представленого тут дослідження випливає, що для визначення несумісності між двома нормами людської поведінки ми часто мусимо враховувати безліч міркувань, які не стосуються мови цих норм. Колись наказ «перетнути річку, не замочившись» містив у собі суперечність. Із винаходом мостів і човнів він більше не є суперечливим. Якщо сьогодні я наказу комусь стрибнути в повітря, не відриваючи ніг від землі, то мій наказ здаватиметься внутрішньо суперечливим, бо ми гадаємо, що не існує відомого способу взяти з собою землю у свій стрибок. Контекст, на який треба зважати при визначенні проблеми несумісності, є, звичайно, не лише і навіть не головним чином технічним, бо до нього входить також усе інституційне тло цієї проблеми — правове, моральне, політичне, економічне та соціологічне. Для того щоб перевірити це твердження, припустімо, що закон про новорічні свята вимагав установлення нових номерних знаків 1 січня, однак інша його стаття передбачала збір акцизного податку в 1 долар з кожної людини, яка виконуватиме якусь роботу в цей день. Буде корисно поміркувати над тим, як можна було б довести «ворожнечу» між цими двома положеннями й те, що включення їх до одного закону було, мабуть, наслідком неухваленості законодавців.

ЗАКОНИ, ЩО ВИМАГАЮТЬ НЕМОЖЛИВОГО

На перший погляд закон, який наказує неможливе, здається-
Таким безглуздом, що видавати подібні закони, на нашу
ані немає підстави. Дав ані у законодавця при здоровому розумі,
навіть у найзлішого диктатора*. На жаль, реальне життя

Цьому місці можна поставити запитання: чи не передбачає в
кінцевому підсумку також більшість інших вимог, що становлять
внутрішню моральність закону, можливість підкорятися? Не вик-

спростовує це припущення. Такий закон може слугувати тимі що Лілберн назвав «беззаконною необмеженою владою», завдяки самій своїй абсурдності: явна відсутність сенсу для підданого може означати, що немає такого, чого не можна було б йому наказати, й що він завжди мусить бути готовий стрибнути в будь-якому напрямку.

Метод вимагання неможливого експлуатується часто з більшою тонкістю, а інколи навіть благодійною метою. Добрий учитель: нерідко вимагає від своїх учнів більше, ніж вони, на його думку, спроможні дати. Він робить це з похвальних мотивів розвинути їхні здібності. На жаль, у багатьох сферах людського життя межа між енергійним спонуканням і покладенням обов'язком може ставати розпливчастою. Так, законодавця легко примусити повірити в те, що його роль подібна до ролі вчителя. Він забуває, що вчитель, учні якого не в змозі досягти того, чого він від них хоче, може без лицемірства чи внутрішньої суперечності поздоровити їх із тим, що вони виконали фактично. У схожій ситуації державна посадова особа опиняється перед альтернативою: припуститися серйозної несправедливості чи підірвати власну повагу до закону, дивлячись крізь пальці на відхилення від його вимог.

Принцип, згідно з яким закон не повинен вимагати неможливого від громадянина, можна довести до певної донкіхотської екстремі, коли він, зрештою, вимагатиме неможливого від законодавця. Інколи стверджується, що жодна форма юридичної

ликає сумніву, що цю справу можна розглядати в такому світлі. Як неможливо підкоритися законові, що вимагає від нас стати тримейчанинами на зріст, так само неможливо додержати закон, який нації невідомий або незрозумілий, який ще не видано, тощо. Але на випадок вивчення зробленого в тексті відокремлення треба зауважити, що мої турботи пов'язані не з виконанням вправ з логічної послідовності, а з розробкою принципів керування цілеспрямованими людськими зусиллями. Логік може, якщо захоче, розглядати внутрішню суперечливий закон як особливий випадок неможливості додержування закону, хоча, приймаючи цю точку зору, він, мабуть, як я зазначив, матиме труднощі з визначенням того, що він має на увазі під «суперечністю». З погляду законодавця, в усякому разі, існує суттєва відмінність між запобіжними заходами, яких він мусить вживати для збереження узгодженості між своїми законодавчими актами, й тими заходами, яких він вживає, аби бути впевненим у тому, що вимоги закону не виходять за межі можливостей його суб'єктів. Будь-яка спроба об'єднати все під рубрикою «неможливість підкорення» заплутала б суттєві відмінності такого роду.

відповідальності не може бути виправдана, якщо вона ґрунтується на (1) намірі скоїти шкідливий вчинок або (2) якійсь помилці чи недогляді. Якщо вважається, що людина відповідає за певний стан справ, в якому вона не була винною, через навмисне його спричинення або через якийсь недогляд зі свого боку, то їй приписується відповідальність за подію, яка виходить за межі її компетенції. Якщо закон тлумачиться заради досягнення такого результату, він фактично вважає людину порушником наказу «цього не повинно статися», підкоритися якому вона не мала змоги.

Атмосфера розсудливості, що оточує цей висновок, затемнює справжній масштаб того, чого він фактично вимагає. Наприклад, стосовно доведення провини закон опиняється перед нерозв'язною дилемою. Якщо ми застосуємо до конкретного обвинувачуваного якийсь об'єктивний критерій — зазвичай «розумної людини», — то, очевидно, піддамо себе ризику поставити перед ним вимоги, які він неспроможний виконати, бо його освіта та природжені здібності, можливо, не дозволяють застосувати до нього цей критерій. Якщо ми оберемо протилежний курс і спробуємо запитати, чи зазнала ця людина, з усіма її особистими обмеженнями та примхами, невдачі в тому, чого мала досягти, то це означатиме початок ризикованого дослідження, в якому можна втратити всяку можливість об'єктивної оцінки. Таке дослідження вимагає співчутливого ототожнення з життям іншої людини. Заважати такому ототожненню чи викривлювати його можуть, звичайно, класові, расові, релігійні, вікові та культурні відмінності. Наслідком цього є те, що холодне, відчужене правосуддя іноді змушене бути суворим, натомість правосуддя дружнє, яке намагається виявляти й перетинати межі приватного світу, за природою речей не може бути безстороннім. Закон не знає жодного чарівного способу вийти за межі цієї антиномії. Відтак він приречений йти непевним середнім шляхом, пом'якшуючи критерій розумної людини на користь деяких очевидних вад, але формалізуючи навіть свої визначення цих вад.

Можна сказати, що описані труднощі виникають тому, що встановлення провини пов'язане з тим, що по суті є моральною оцінкою. На відміну від цього встановлення заміру, з яким було чснено той чи інший вчинок, вимагає нібито лише розслі-
 | ння фактів. Однак реальність знов-таки виявляється склад-
 п 010, Якщо замір є фактом, то це таємний факт, і висновок
 так "Б.Го Робиться на підставі зовнішніх проявів. Іноді зробити
 нав' ВИСн овок досить легко. Холмс одного разу зауважив, що
 Са на> б собака знає різницю між «спітнутися» й «отримати сту-
 ' Але іноді замір, якого вимагає закон, надзвичайно специ-

фічний, як у тих випадках, коли карні санкції ставляться ї залежність від доказу свідомого порушення закону обвинуваченим. Такі умови можна інколи знайти в складних нормах економічного регулювання; їхнє призначення — уникати неї справедливості в покаранні людини за вчинок, який на перший погляд міг здаватися цілком невинним. За моїми власними спостереженнями, тут нерідко виникають сумніви, чи не є в цьому випадку лікування гіршим за хворобу. Необхідний замір та важко піддається остаточному доказу чи спростуванню, що особа, яка вирішує питання факту, майже неминуче змушена запитати: «Чи схожа ця людина на того, хто залишається відданим правилам, чи на того, хто при нагоді обмине їх?» Ці питання, на жаль, легко переходить в інше: «Чи схожа ця людина на таких, як я?»*

Отже, такі проблеми виникають там, де заради утримання закону в межах здатності громадянина підкорятися його вільповідальність обмежується тими випадками, в яких можна довести провину чи протиправний замір. Проте існують численні приклади в наших законах про юридичну відповідальність, де вона недвозначно робиться незалежною від будь-якого докази провини чи заміру.

Одна досить поширена форма такої відповідальності не становить серйозної проблеми для внутрішньої моралі закону! Припустімо, якийсь божевільний украв мій гаманець. Можливо, його психічний стан не дозволяє йому розуміти закони про приватну власність чи підкорятися ним. Ця обставина є достатньою підставою для того, щоб не ув'язнювати його, але зовсім не є підставою для того, щоб дозволити йому залишити в себе мій гаманець. Я маю законне право повернути собі гаманець, і в

* У зв'язку з цим хочу привернути увагу до однієї статті БрукШ Адамса, брата Генрі Адамса та онука Джона Квінсі: BrooИ Adams, «The Modern Conception of Animus», 19 *Green Bag* 12-Я (1906). У цій статті Адамс наводить оригінальний і курйозно марксистський аргумент, нібито правлячі класи завжди маніпулювали! своїх інтересах визначенням заміру (animus), необхідного для отримання злочинів чи деліктів. Адамс намагається також продемонструвати, що схожі маніпуляції вплинули на норми доказового права, які визначають, що є достатнім для доказу чи спростування доказів необхідного заміру. Хоча його головна теза іноді здається скоріш оригінальною, ніж переконливою, цю статтю варто прочитати, Щонайменше вона виявляє проблеми доказу, що виникають там, де відповідальність ставиться в залежність від заміру.

цьому сенсі він юридично зобов'язаний повернути його мені, незважаючи на те, що в його вчинку не було провини чи будь-якого наміру зашкодити. Ще однією ілюстрацією того самого принципу є випадок, коли під час урегулювання розрахунків боржник переплачує своєму кредиторіві, причому обидва діють ненавмисно й мають однакову думку щодо належної суми. Тут кредитора примушують повернути зайві гроші, хоча отримання ним цих грошей аж ніяк не було протиправним вчинком.

Чимала сукупність правових норм стосується попередження чи виправлення безпідставного збагачення, яке може статися через неухважність, помилку людини або відсутність у неї звичайної здатності збагнути характер своїх дій. Деякі з цих норм чітко віднесено до квазідоговірного права; існування решти відчувається як вплив — нерідко мовчазний — у договірному та деліктному праві. І в загальному, і в римському праві дослідження заплутувалося тим фактом, що дії, офіційно класифіковані як «деліктні» або «такі, що впливають з делікту», застосовувалися для усунення безпідставного збагачення однієї сторони за рахунок іншої в ситуаціях, де будь-яка протиправна поведінка з боку відповідача не має жодного значення.

Існування сукупності правових норм, покликаних виправляти необачність, нібито може підказувати одне заперечення проти аналізу, представленого в цих начерках. Право розглядалося тут як «спроба піддати людську поведінку регулюванню за допомогою правил». Проте коли люди діють через помилку або необачність, вони, безумовно, не звіряють і не можуть звіряти свої дії із законом; жодна людина не вивчає квазідоговірного права з метою довідатися, що їй слід робити тоді, коли вона не зовсім добре усвідомлює, що вона робить. Спосіб розв'язання Цієї проблеми цілком очевидний. Для того щоб зберегти цілісність тієї чи іншої системи правовідносин, установлені завдяки уважності, потрібна додаткова система правил для виправлення наслідків неухважності. Тут є дуже близька паралель з проблемою законів зі зворотною силою. Правова система, що складається винятково з таких законів, могла б існувати лише як ^ГРотеск, гідний фантазії Льюїса Керрола чи Франца Кафки. Проте «виправний» закон зі зворотною силою може виконувати корисну функцію щодо неприємностей, які можуть траплятися в рамках системи правових норм, що мають, як правило, перспективну дію*. Саме так стоїть справа з нормами, які виправляють ^{Сл}ідки неухважності. Якби все траплялося через неухважність,

то не існувало б способу навіть збагнути проблему виправлення неуважності. Нормам, що слугують цій меті, надає не лише омґрунтованості, а й самого значення їхня функція доповнення щ ширшої систем норм, яка має бути орієнтиром для поведінки.

Принцип ректифікації необґрунтованого збагачення через неуважність не може, однак, пояснити всі приклади виник-інення юридичної відповідальності без провини чи заміру! Насправді існує безліч правових норм, що стосуються встановилення об'єктивної, або абсолютної, відповідальності за шкоїду, завдану певними формами діяльності. Так, підривні робо-ти можуть супроводжуватися відповідальністю за будь-яку! можливу шкоду для інших, навіть якщо не можна довести навмисного заподіяння шкоди чи нехтування належними запобіжними заходами*. У таких випадках закон постанов-4ляє, що «люди діють на свій страх і ризик».

Таку об'єктивну відповідальність найлегше обґрунтувати за допомогою економічного принципу, згідно з яким можливі со-ціальні збитки від якоїсь діяльності мають відбиватися на особис-тих витратах, пов'язаних з такою діяльністю. Так, небезпека,, пов'язана з проведенням підривних робіт, така велика, що ніяка обережність або передбачливість не можуть запобігти випад-ковому заподіяння ненавмисної шкоди людям чи майну. Якщо підрядчик на будівництві автомагістралі, який робить тунель! на схилі гори, застосовуючи вибухівку, вважається відповідаль-ним лише за доведену провину, це знижує його стимул до про! ведення земляних робіт більш безпечними способами. Інакша кажучи, його економічні розрахунки є викривленими, і розплав чуються за це викривлення люди. Для виправлення цієї ситуації ми встановлюємо для його підривних робіт щось на зразок по-датку у вигляді правила, за яким він мусить відповідати за будь-які збитки, спричинені цими роботами, незалежно від тогм можна чи не можна пояснити їх його недбалістю.

Аналогія з податком доречна для пояснення зв'язку між! об'єктивною відповідальністю та внутрішньою мораллю права! Ми не вважаємо, що податок з продажу забороняє людям про" давати товари; ми розглядаємо його просто як додатковий збірї за акт продажу. Тож нам не слід вважати, що спеціальне пр2"] вило щодо підривних робіт наказує людині, яка застосовує^ вибухівку, ніколи не заподіювати будь-якої шкоди, навіть неї навмисно. Скоріше нам слід розглядати це правило як норму-'

* American Law Institute, *Restatement of Torts* (1938), «Miscarria^ of Ultrahazardous Activities Carefully Carried On».

що⁰ поширює особливу відповідальність на вибір певної лінії поведінки. Внутрішня мораль права вимагає від правила об'єктивної відповідальності не відмови від наказів, які неможливо виконати, а якомога яснішого визначення роду діяльності, яка спричиняє до спеціального додаткового податку у вигляді юридичної відповідальності.

Принцип, за яким підприємства, що створюють особливий ризик, мають нести витрати за шкоду, заподіяну їхньою діяльністю, можна значно розширити. У деяких країнах, наприклад, цей принцип поширюється на роботу автомобілів, у тому числі тих, що використовуються для розваг або заради особистого комфорту. Вже стало якимось штампом, що сьогодні існує «загальна тенденція» до об'єктивної відповідальності. І дійсно, здається, досить часто стверджується, що ця тенденція безжалісно веде нас до майбутнього, в якому поняття провини та заміру не відіграватимуть більше жодної ролі в праві.

Я вважаю, в нас є підстави бути впевненими в тому, що таке майбутнє нам не загрожує. Якби об'єктивна відповідальність стосувалася не окремих чітко визначених форм діяльності, а всіх видів діяльності, то від концепції причинного зв'язку між дією та шкодою, яку через неї було заподіяно, нічого не залишилося б. Поет пише сумні вірші. Знехтуваний коханець читає їх, і вони так пригнічують його, що він кінчає життя самогубством. Хто «спричинив» його загибель? Поет, жінка, яка звабила й кинула небіжчика, чи, може, вчитель, який колись прищепив йому любов до поезії? Чоловік, розлютившись з п'яних очей, застрілив свою дружину. Хто з причетних до цього випадку поділяє відповідальність за те, що він стався: сам убивця, людина, яка позичила йому пістолет, торговець алкогольними напоями, який продав йому джин, чи, може, друг, що відговорив його від розлучення, яким мав закінчитися невдалий шлюб?

Певне слабке уявлення про характер таких проблем нам можуть дати труднощі, на які наштовхуються при застосуванні Існуючих форм об'єктивної відповідальності. Однією з таких форм є відповідальність, установлена законодавством про компенсацію за каліцтво внаслідок нещасного випадку на ви^{ви}робництві або професійного захворювання. Цілком очевид-

• Що між роботою та хворобою чи ушкодженням працівника ає бути встановлений певний причинний зв'язок. Згідно з або^{>М^ЛЮВанням, яке} застосовується в законах, ушкодження DOR^{Захво^Р^уван} ня мають «бути наслідком і виникати під час нен^{ТИ 33 наимом>>} - Тлумачення цього пункту зумовило виник-
я
вкрай незадовільної й нерідко ексцентричної сукупності

правових норм. Щоб зрозуміти, до яких наслідків призвело **А** універсальне застосування об'єктивної відповідальності, наші треба лише запитати, у який спосіб ми застосовували б норму! яка вимагає тільки одного: щоб загибель чи ушкодження пози-¹ вача були «наслідком» поведінки відповідача.

Щойно наведене роз'яснення проблеми цивільно-правової об'єктивної відповідальності є **аж** ніяк не вичерпним. Деякі форми такої відповідальності нелегко пояснити за допомогою] розглянутих тут засад. Існують також численні приклади неї визначених або змішаних законодавчих мотивів; одне пошире-і не додаткове обґрунтування норм об'єктивної відповідальності полягає, наприклад, у тому, що вони схильні більш **ефективної** забезпечувати належну обережність, аніж норми, які встанов-люють чітку залежність відповідальності від доказу відсутності належної обережності. Деякі приклади об'єктивної відпови-дальності треба, мабуть, розглядати як аномалії, що виникаю^{тм} внаслідок аналітичної плутанини або історичного випадку. Крім того, межа між об'єктивною відповідальністю та відповідаль-ністю, обґрунтованою провиною, часто стає нечіткою через пре-зупмції провини, які інколи бувають досить суворими в **ТОМЧ** сенсі, що покладають важкий тягар на тих, хто намагається спростувати їх. Нарешті, варто нагадати, що договірна відпо-] відальність, як правило, є «об'єктивною»: хоча певні катаст-| рофічні й непередбачені перешкоди виконанню договору мо-жуть звільняти від відповідальності, взагалі сторона, яка не виконує своїх договірних обов'язків, не може виправдовувати-^ ся тим, що вона зробила все, що могла. Навряд чи треба доволі дити, що ця остання форма об'єктивної відповідальності не стЯ новить проблеми для внутрішньої моралі права; сам закон не повинен покладати непосильний тягар на людину, але він не зобов'язаний захищати її від узяті на себе за договором **віді** повідальності за випадки, які виходять за межі її компетенції.

Тепер ми переходимо до найсерйознішого посягання на прин-цип, за яким закон не повинен наказувати неможливе. Воно міститься в законах, що створюють кримінальну об'єктивну! відповідальність — законах, за якими людину можуть визнати винною у злочині, незважаючи на **те**, що вона діяла з належ-ною обережністю й без шкідливого заміру. У наші часи такі закони найширше застосовуються в галузях економіки, охоро-ни здоров'я **та** техніки безпеки, хоча не **таке** вже рідкісне явище — встановлення об'єктивної кримінальної відповідаль-ності у сферах, пов'язаних із володінням наркотиками, граль-ними автоматами та забороненими алкогольними напоями. І

у нашому праві об'єктивна кримінальна відповідальність ніколи не користувалася повагою. Скрізь, де видавалися закони, що встановлювали таку відповідальність, вони викликали протести й захисну аргументацію, яка нечасто виходила за межі вибачення за гадану необхідність. Проте немає ніякої таємниці, чому ці закони продовжують з'являтися й навіть поширюються в сучасному законодавстві: вони надзвичайно вигідні обвинувачеві, їхня уявна несправедливість, нібито запевняє нас він, усувається «вибірним правозастосуванням». Хоча теоретично такі закони є пасткою для безневинного, на практиці переслідуються лише справжні лиходії, і їхнє притягнення до суду значно полегшується, тому що держава, обстоюючи свою версію справи, звільняє себе від потреби доводити замір чи провину, що є особливо важким завданням, коли залучено складні регулятивні заходи. Коли абсолютна відповідальність поєднується, як це часто буває, із суворими покараннями, то позиція обвинувача стає ще кращою. Як правило, в цьому разі йому взагалі не потрібно передавати справу до суду; загрози ув'язнення чи великого штрафу досить для того, щоб схилити обвинуваченого до визнання провини або (там, де це дозволяється) до мирової угоди. Суворі санкції також посилюють зв'язки органів правозастосування з громадськістю. Безвинна людина, яка випадково спіткнулася і знає, що її могли визнати винною, відчуває глибоку вдячність, коли її відпускають без покарання, а отже, дозволяють уникнути таврування як злочинця. З усією щирістю вона обіцяє в майбутньому більш розумне співробітництво.

Переваги того, що було названо «кулачним правом» (менш поблажливо це можна назвати «правозастосуванням за допомогою шантажу»), стали широко відомі в гарячі дні другої світової війни, коли перевантажені урядовці, що займалися складним економічним регулюванням, мали знайти якийсь спосіб полегшення свого завдання. Те, що цей механізм усе ще застосовується, має непокоїти кожного, хто воліє розглядати відданість закону як повагу до прийнятих у належний спосіб норм права, а не як готовність до спокійного врегулювання будь-яких претензій з боку органів юстиції. На щастя, останнім часом пролунали впливові й переконливі голоси проти цього лиха та інших зловживань, пов'язаних з об'єктивною кримінальною відповідальністю*.

Hall, *General Principles of Criminal Law* (2d ed. 1960), Chapter X, pp.325-9; Hart, «The Aims of Criminal Law», 23 *Law & Contemporary Problems* 401-44! (1958); The American Law Institute, *Model Penal Code, Proposed Official Draft* (1962), Sections 1.04(5), 2.01-2.13.

Перш ніж залишити тему законів, які наказують неможливе, треба зробити ще два зауваження. Одне, просте і зрозуміле, полягає в тому, що не можна провести чітку й жорстку лінію між граничною важкістю та неможливістю. Правило, яке вимагає надто багато, може бути різким і несправедливим, але не обов'язково суперечить головній меті правопорядку, як су!перечить їй правило, що вимагає очевидно неможливого. Між ними двома знаходиться невизначена область, у якій стикаються внутрішня та зовнішня мораль права.

Моє останнє зауваження стосується того, що наші поняття щодо дісно неможливого можуть визначатися силогізмами про природу людини та всесвіту — силогізмами, які підлягають історичним змінам. Сьогодні опір законам, які мають за мету нав'язати релігійні чи політичні переконання, ґрунтується на тому, що такі закони становлять безпідставну перешкоду для особистої свободи. Томас Джефферсон мав іншу точку зору! В оригінальному проекті преамбули до закону штату Вірджинія про релігійну свободу він засудив такі закони як спробу примусити до неможливого:

«Добре усвідомлюючи, що думки та переконання людей на залежать від їхньої власної волі, а мимохіть наслідують запропоновану їхній свідомості явність...»*

Хтось може запитати, чи не міститься в цій концепції більш глибока повага і до істини, і до людських можливостей, ніж у нашій власній.

НЕЗМІННІСТЬ ЗАКОНІВ УПРОДОВЖ ТРИВАЛОГО ЧАСУ

Той із принципів внутрішньої моралі права, який не дозволяє надто часто змінювати закони, здається найменш придатним для надання йому форми конституційного обмеження. Важко уявити, наприклад, конституційний конвент, досить нерозумний для того, щоб прийняти рішення про заборону внесення змін до законів частіше, ніж, скажімо, раз на рік. З іншого боку, обмеження законодавства зі зворотною силою були улюбленою річчю¹ серед творців конституцій**. Однак між шкодою від законодавства зі зворотною силою та шкодою від надто частих змін у законах існує близька спорідненість. І те й те є наслідком того, що можна назвати законодавчою несталістю. Цікаво зазначити, що Медисон, намагаючись захистити положення Конституції'

* Boyd, *The Papers of Thomas Jefferson*, II, 545.

** Див. примітку *, с.54-55 і примітку *, с.55.

США. які забороняють закони зі зворотною силою й закони, що послаблюють договірні зобов'язання, вживав мову, більш доречну для характеристики шкоди від частих змін, аніж для опису негативних наслідків законів зі зворотною силою:

«Розважливі люди Америки втомилися від хиткої політики, якою керувалися ради з питань законодавства. З жалем та обуренням вони спостерігали, як раптові зміни й втручання в законодавство... стають... пастками для більш старанної та менш поінформованої частини суспільства. Вони бачили також, що одне втручання в законодавство є лише першою ланкою довгого ланцюга повторень»*.

Спорідненість між проблемами, що виникають внаслідок надто частих або раптових змін у законах, і проблемами, до яких спричиняє законодавство зі зворотною силою, визнається в рішеннях Верховного суду. Шкода від законів зі зворотною силою пов'язана з тим, що люди можуть діяти на підставі попереднього стану права і вчинені ними дії будуть зведені нанівець або стати несподівано обтяжливими внаслідок зміни їхнього юридичного значення заднім числом. Однак іноді дію, почату зважаючи на попередній закон, можна анулювати, за умови, що зроблено якесь попередження про майбутню зміну й ця зміна не набуває чинності так швидко, що для пристосування до нового стану права залишається надто мало часу. Тому, Верховний суд оголосив:

«Вирішено, що [закони про обмеження] можуть змінюватися зі скороченням установленого терміну, але лише за умови, що це робиться до закінчення цього терміну й залишається ще досить часу для початку дії, перш ніж правова перешкода набуває чинності»**.

ВІДПОВІДНІСТЬ ДІЙ ПОСАДОВИХ ОСІБ ДЕКЛАРОВАНІМ ПРАВИЛАМ

Нарешті ми підходимо до найскладнішої з усіх вимог, які становлять внутрішню мораль права: відповідність між службовими діями та законом. Ця відповідність може знищуватися чи послаблюватися найрізноманітнішими способами: через хибне тлумачення, недоступність законів, неспроможність досягнути необхідне для збереження цілісності правової системи, хабарництво, упередженість, байдужість, безголовість і потяг до особистої влади.

м *The Federalist*, No.44.

Ochoa v. Hernandez y Morales, 230 U.S. 139, at pp.161—162 (1913).

Як різноманітними є загрози цій відповідності, так само багатьох форм набувають і процедурні заходи, призначені в **разі** потреби підтримувати її. Ми можемо зарахувати сюди більшості елементів «належного процедурного процесу», наприклад право бути представленим у суді адвокатом і право на перехресний допит свідків протилежної сторони, а також частково призначені для тієї самої мети habeas corpus і право на оскарження несприятливого рішення в суді вищої інстанції. Сюди можна також віднести навіть проблему «припинення» висування спірних конституційних питань, які підлягають розв'язанню: необачні та хиткі принципи, що стосуються цієї справи, можуть спричинитися до фрагментарності й довільності зв'язу між конституцією та її здійсненням на практиці.

У нашій країні саме суду доручається запобігати розбіжностям між проголошеним законом і його фактичним застосуванням. Перевагою такого розподілу функцій є те, що в цьому **разі** відповідальність покладається на досвідчені інстанції, виконавці! ня цього обов'язку підлягає публічному розглядові, а цілісності закону виразно підкреслюється. Проте для будь-якої системи є серйозним недоліком, якщо єдиний захист від протиправного застосування законів вона вбачає виключно в суді. Це робить виправлення зловживань залежним від готовності й фінансових можливостей зацікавленої сторони подати позов до суду. Такий підхід виявився досить неефективним у контролюванні протиправної поведінки поліції, бо це лихो фактично ускладнюється тенденцією судів нижчого рівня ототожнювати свою місію з підтриманням моральності поліцейських підрозділів. Контроль за протиправними діями поліції виявиться набагато ефективнішим, якщо буде запроваджено певний наглядовий орган, щось на зразок омбудсмена у скандинавських країнах] (уповноваженого з розгляду скарг), здатного негайно і гнучко реагувати на неофіційні скарги.

У тих сферах, де право є прецедентним, тобто закони створюються суддями, необхідна відповідність між законом і діями; посадових осіб може послаблюватися судами нижчого рівня, однак її не може погіршити вищий суд, оскільки він законодавствує. Може здаватися, що вищий суд певної юрисдикції не може йти не в ногу, бо він задає тон. Проте інколи під його музику нездатний танцювати ніхто, в тому числі й він сам. Ус фактори, які можуть виникнути через невідповідність між діями суддів і статутним правом, у випадках, коли суд законодавствує сам, потенційно спричиняються до так само шкідливих відхилень від інших принципів законності: неспроможності чітко

сформулювати досить ясні загальні норми та несталості в прийнятті рішень, що проявляється у суперечливих постановах, частих змінах напрямку та внесенні змін до законів заднім числом.

Найделікатнішим складником завдання підтримання відповідності між законом і службовими діями є, звичайно, проблема тлумачення. Законність вимагає, аби судді та інші посадові особи застосовували статутне право не за своєю примхою й не з роздратованим буквализмом, а згідно з принципами тлумачення, які відповідають їхньому місцю в усьому правопорядку. Що це за принципи? Найкраща з відомих мені коротких відповідей датується 1584 р., коли судді суду державної скарбниці зіткнулися з важкою проблемою тлумачення у справі Хейдона:

«І було вирішено ними, що для надійного і правильного тлумачення всіх законів взагалі (тих, що карають або милують, обмежують або доповнюють загальне право) треба виявити й розглянути чотири речі:

1. Яким було загальне право до видання цього Закону.
2. Якого лиха та вади не передбачило загальне право.
3. Який засіб обрав і призначив Парламент для лікування хвороби суспільства.
4. Правдиве обґрунтування цього лікувального засобу; і надалі усі судді зобов'язані завжди обирати таке тлумачення, яке запобігатиме лиху та пропонуватиме засіб лікування»*.

Треба також, мабуть, сказати, що оскільки звіт про цю резолюцію належить Коукові, можливо, він розповідає про те, Що судді суду державної скарбниці мали вирішити, а не про те, Що вони насправді думали й висловлювали.

Якщо щодо цього аналізу можна зробити якесь критичне зауваження, то воно стосуватиметься доречності включення Ще одного пункту для «виявлення та розгляду»; цей п'ятий пункт міг би бути приблизно таким: «Наскільки правильно ті, Щ^о самі мусять керуватися буквою цього Закону, розуміють

З Co. Rep. 7^a. Очевидно, що в процитованому уривку слово «лихо» (vmischief) вживається в значенні, яке більше не є загальновживаним. У тому сенсі, в якому його було застосовано в справі Хейдона, ^Воно фактично є близьким родичем двох інших слів, що користувалися тоді великою прихильністю: «ворожість» (repugnancy) і «не-^{Ві}Дповідність» (inconvenience). Усі ці терміни характеризували ^{Ит}уацію, в якій речі не узгоджувалися одна з одною, коли людські ^{Ит}ля ще не перетворили безлад на якийсь розумний порядок.

його мету, бо закон не повинен ставати пасткою для тих, *JD* не може так само добре усвідомлювати його підстави, як Судді»

Якщо ми пам'ятатимемо про головну істину резолюції у справі Хейдона: для того щоб зрозуміти якийсь закон, треба розуміти «хворобу суспільства», яку він покликаний вилікувати, — то це дозволить нам прояснити проблему тлумачення, позбавивши! плутанини, яка завжди її оточувала. Певна частина цієї плутанини має оманливий вигляд здорового глузду, що надає їй не³: заслуженої довговічності. Це особливо стосується ідеї, яка міститься в наступному уривку з Грея:

«Про тлумачення завжди говорять так, немовби його головна функція — виявляти, що насправді мала на увазі Легіслатура. Проте якби Легіслатура мала якийсь реальний намір стосовне, того чи іншого пункту, жодних сумнівів щодо її наміру не виявило б навіть в одному випадку зі ста.

...Насправді труднощі так званого тлумачення виникають тоді, коли Легіслатура взагалі нічого не мала на увазі; коли питання, яке ставиться щодо статуту, ніколи не спадало їй на думку... [У тих випадках], коли судді удають, що оголошують заміри Легіслатури, вони насправді самі законодавствують, щоб заповнити *casus omissi* (непередбачений випадок)»^{*}.

Сьогодні, звичайно, іноді буває, що під час розробки закону^{*}) проекту якась можлива ситуація цілком спускається з ока, тож можна уявити собі автора законопроекту, який вимовляє щось на зразок «ой!», коли його увагу привертають до цього недогляду. Однак такі випадки зовсім не типові для проблем тлумачення. Закон частіше виявляється просто невиразним і недосконалим, аніж навмисне спрямованим на те, щоб не влучити в очевидну ціль.

В основі погляду Грея лежить атомістична концепція наміру, поєднана з тим, що можна назвати теорією натику на значення. Згідно з цим поглядом свідомість спрямована скоріше на окремі речі, ніж на загальні ідеї, більше на окремі реальні ситуації, ніж на якесь можливе спільне значення цих ситуацій для людських справ. Якби цей погляд було прийнято серйозно, то нам довелося би вважати намір автора якогось законопроекту про «неі безпечну зброю» спрямованим проти нескінченного ряду окремих предметів: револьверів, автоматичних пістолетів, кинджалів, мисливських ножів тощо. Якщо суд застосує цей закон до зброї, про яку автор законопроекту не подумав, то стане «законодавцем», а не «тлумачем», як став би ним навіть ще очевидніше,

^{*} Gray, *The Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), pp.172-173.

якби мав застосувати закон до зброї, яку на час прийняття законопроекту ще не було винайдено*.

Цей атомістичний погляд на намір має такий сильний — прямий та опосередкований — вплив на теорії тлумачення, що дуже важливо відверто протиставити йому більш правильний погляд на цю проблему. Заради цієї мети дозвольте мені навести одну аналогію. Один винахідник корисних побутових приладів помирає, залишивши олівцевий ескіз винаходу, над яким він працював напередодні смерті. Перед смертю він просить свого сина продовжити роботу над винаходом, однак не встигає повідомити його про призначення цього винаходу та про власні плани щодо завершення цієї праці. Виконуючи останнє бажання батька, син передусім мав би визначити, яким було призначення запланованого винаходу, який недолік чи ваду існуючих приладів він мав виправити. Потім він спробував би збагнути принцип, на якому ґрунтувався винахід, — «правдиве обґрунтування лікувального засобу», якщо скористатися мовою справи Хейдона. Упоравшись із цими проблемами, він зміг би визначити те найсуттєвіше, що було потрібне для завершення цього проекту.

Тепер поставимо щодо дій сина запитання, які зазвичай ставляться щодо тлумачення законів. Чи був син вірним замірові свого батька? Якщо ми маємо на увазі: «Чи виконав він дійсний замір батька щодо способу завершення проекту?», — то на це питання, звичайно, взагалі не можна відповісти, бо нам не відомо, чи мав батько такий намір і в чому він полягав. Якщо ми маємо на увазі: «Чи залишився він у межах, установлених батьком, чи визнав батькову ідею потреби в запроєктованому приладі та його загальний підхід до проблеми забезпечення такого приладу?», — то відповідь, виходячи з гаданих фактів, буде «так». Якби син міг покликати дух свого батька на допомогу, то вона найімовірніше мала б вигляд співробітництва із сином у розв'язанні проблеми, яку батько так і не вирішив. Так само стоїть звичайно справа зі складними проблемами тлумачення. Якби автора якогось законопроекту запросили для безпосередньої консультації, він, мабуть, поведився б так само, як суддя, ставлячи такі запитання: чи стосується даний випадок того лиха, ^{як} ^я цей закон намагався виправити? чи входить він до сфери

*Атомістичний» погляд на намір, описаний у тексті, стосується Філософського номіналізму й може розглядатися як один із його проявів. Вплив цього погляду на рух, відомий як правовий реалізм, ^я розглянув у статті «*American Legal Realism*», 82 *University of Pennsylvania Law Review* 429, 443-47 (1934).

«правдивого обґрунтування лікувального засобу», визначеного цим законом, тобто чи годиться призначений засіб для подолання цього конкретного прояву загального лиха, проти якогої спрямований цей закон?

Аналогія з незавершеним винаходом може також стати у пригоді для усунення неясностей, якими пройнята вся термінологія тлумачення. Ми схильні вважати тлумачення **дpeHOMeJ** ном індивідуальної психології, хоча те, що ми тлумачимо, є корі поративним актом. Так, ми запитуємо про намір «законодавця», хоча знаємо, що такої істоти не існує. Іншим разом ми говоримо про намір «легіслатури», хоча нам відомо, що ті, хто голосують за якийсь закон, часто роблять це, маючи дуже різні думки щодо його значення й не дуже добре розуміючи його термінологію[^]. Ми більше наблизимося до індивідуальної психології, якщо будемо говорити про намір «автора законопроекту». Але тут знову проблема. Може існувати багато авторів законопроектів, які діють у різні часи і не порозумілися щодо того, якої саме мети вони прагнуть. Крім того, будь-який індивідуальний і неповідомлення намір автора законопроекту, власне, вважається юридично **нищ** релевантним для його правильного тлумачення*. Подивимося, чи може нам якимось допомогти в цій безвиході аналогія з незавершеним винаходом. Ясно, що при розв'язанні своєї проблеми син може визнати за корисне поставити себе, так би мовити, в рамки мислення свого батька, згадавши напрямки його думок і типові для нього способи розв'язання проблем. Проте ясно таї кож, що ця процедура може виявитися ані необхідною, ані **ко4** рисною. Дійсно, якби незавершений проект належав якомусь зовсім невідомому винахідникові, завдання сина, мабуть, істотно не змінилося б. Він подивився б на саме креслення, щоб зрозуміти призначення цього винаходу і той загальний принцип чи принципи, які лежать в основі проекту. У цьому разі ми могли б] говорити про «намір проекту». Це, певно, була б метафора, але принаймні доречно, яка не викривлює характеру синового завдання. Тож коли йдеться про законодавчий намір, на мою ду*і ку, було б краще говорити про «намір законодавчого акта» — I

* Маючи на увазі Закон про шахрайство, лорд Ноттінгем сказав під чав розгляду справи *Ash v. Abdy*, 3 Swanston 664 (1678): «Я маю певЯН підстави вважати, що мені відомо значення цього закону; адже уперш* запропонував його я». Порівн.: «Якщо лорд Ноттінгем склав його, **TfJ** для його тлумачення він був менш здатний, бо автор закону більШ^e; бере до уваги свої таємні, ніж висловлені ним наміри». Campbell • *Lives of the Lord Chancellors of England*, 3 (3rd ed. 1848), 423 n.

так само, як колись Менсфілд, маючи справу з наміром сторін у договорі, говорив про «намір ділової угоди»*.

Вірність прийнятому закону часто ототожнюється з пасивним і суто сприйнятливим ставленням з боку судді. Якщо він діє «творчо», то може вийти за межі свого призначення як інтерпретатора. Ті, хто віддає перевагу прецедентному праву перед статутним, схильні вітати такі відступи й радіти з того, що суддя немовби робить так багато з такого малого. З іншого боку, ті, хто не довіряє судовій владі, схильні вбачати в будь-якому творчому підході відмову від принципів і прагнення до особистої влади. Коли дискусія ведеться в таких категоріях, це свідчить про хибне розуміння проблеми загалом. Коли син у прикладі з незавершеним винаходом прийняв на себе якусь творчу роль, він не заслужив через цей єдиний вчинок ані похвали, ані осуду. Він лише виконав вимоги щодо свого призначення, зробивши те, що мав зробити заради виконання бажання свого батька. Час для похвали чи осуду настане тоді, коли ми зможемо говорити про його досягнення в цій неминуче творчій ролі. Так само і з суддями.

Можливо, хтось заперечить, що використана тут аналогія вводить в оману. Призначення законодавчого акта, можуть сказати, не таке просте й не так легко визначається, як, наприклад, призначення пілососа. Соціальне лихо, яке він намагається виправити, нерідко ледве вловне і складне, і його існування відчувають лише ті, хто дотримується певних ціннісних суджень. З іншого боку, засіб, що його призначає якийсь законодавчий акт для лікування «хвороби суспільства», не схожий на вісь, яка поєднує один механізм із другим. Часто легіслатура має обирати з-поміж низки можливих заходів, і деякі з них передбачають дуже непрямий спосіб виправлення тієї чи іншої вади.

Усе це можна припустити, і все ж таки я стверджую, що саме в цьому місці гаданого недогляду образ незавершеного винаходу стає найбільш доречним. До деякої неясності стосовно лиха, яке намагаються виправляти законодавчі акти, можна поставитися толерантно. Проте якщо ця неясність перевищує певну критичну точку, то зробити з ураженого нею статуту Щось сенсовне не допоможе ані віртуозність автора законопро-

У> ані майстерність інтерпретатора. З іншого боку, певна (Док) НІСТЬ ДУМКИ Щ°Д° зв'язку між засобом виправлення та вад Дав, 'Я К^ В,н п Р^изна чений усунути, не обов'язково псує законо- и акт. Але якщо розуміння цього зв'язку є в корені хиб-

^{K,n} *gston v. Preston*, 2 Douglas 689 (1773).

ним, то втрачається всяка можливість логічного тлумачення;! Вважати інакше — те саме, що припускати, нібито **винахія** концепція якого є хибною у своїй основі, можна **врятуват**Л втіливши його в чіткі креслення.

Дозвольте мені навести один історичний приклад законопо-
ложення, опорооченого фундаментальною вадою його заміру.! Я маю на увазі параграф 5 статті 4 Закону про шахрайство! прийнятого 1677 р. Стаття 4 цього закону ґрунтувалася н* припущенні, що певні види договорів не можуть мати **позовної** сили, якщо докази їхнього існування не підкріплено підписаним документом. З іншого боку, було визнано нерозумним **поши*** рювати таку сувору вимогу на всі договори, і деякі з них маля набувати юридичної чинності також **в усній формі** Отож автя ри законопроекту опинилися перед необхідністю визначити! від яких видів договорів треба вимагати письмової форми, **а** які можна спокійно укладати й усно. Прийняте рішення було **виш** ладено такою мовою: «Позови не вчиняються... (5) на підставі угоди, яку не обов'язково виконувати протягом одного року з моменту її укладення; якщо угода, на підставі якої має вчиня- тися такий позов, укладена не **в письмовій формі** й не підписані стороною, на яку вона покладає відповідальність».

Можна, мабуть, із упевненістю сказати, що мало які зако-
ноположення спричинилися до такої кількості суперечливих і дивних тлумачень, як шойно процитовані слова. У чому ту% річ? Цей законодавчий акт викладено простою, зрозумілою англійською мовою. Лихо, проти якого він спрямований, здається цілком очевидним. Також зовсім неважко зрозуміти, чому ав-
тори законопроекту визнали договори, чинність яких розрахо-
вана на тривалий період часу, за такі, що особливо потребують гарантії письмового засвідчення; за словами Холта, «замірою цього законодавчого акта було не довіряти пам'яті свідків дов-
ше, ніж протягом одного року»*.

Проблема виникла тому, що автори законопроекту **просто** не з'ясували остаточно зв'язок між лихом і призначеним ними за-
собом його виправлення. По-перше, ясно, що немає прямого зв'язку між часом, коли свідка покличуть дати свідчення, й ча-
сом, який потрібний для виконання договору; договір може бути розрахований на виконання протягом одного місяця, а потрапи-
ти **Вперше ДО** суду **ДЛЯ** Перевірки **Два роки ПО ТОМУ**. Крім **ТОГО** автори законопроекту забули спитати в себе, що мають робити суди з дуже поширеним випадком договору, щодо якого **неможли**

* *Smith v. Westfall*, 1 Lord Raymond 317 (1697).

В⁰ сказати заздалегідь, скільки часу буде потрібно для його виконання; такими є, наприклад, договори про довічний найм людини на роботу або про виплату їй у разі хвороби щомісячної суми до повного одужання. Цю категорію договорів можна значно розширити, якщо уявити собі несподівані події, які можуть прискорити або відкласти їхнє виконання. В одній справі, яка розглядалася судом незабаром після прийняття цього закону, пропонувалося, щоб юридична чинність договору залежала від фактичного перебігу подій*. Якщо виявиться, що договір належало виконати протягом одного року, то усна форма вважатиметься юридично чинною; якщо ні, то договір не матиме позовної сили. Але таке вирішення питання так і не було й не могло бути ухваленим. Сторонам необхідно знати із самого початку або принаймні з моменту виникнення проблем, чи існує між ними договір. Ставити існування юридично обов'язкового договору в залежність від пізніших подій означало би провокувати боротьбу за вигідне становище за допомогою всіх можливих засобів і спричинитися до найбільшої плутанини, яку можна собі уявити. Коротко кажучи, суди зіткнулися зі статутом, який просто не можна було застосувати, аби здійснити розпливчастий намір його авторів. Британці врешті-решт знайшли в 1954 р. єдиний вихід із цієї ситуації: повністю скасували дану статтю. А ми все ще намагаємося розв'язати проблему, яка взагалі не має рішення.

Мій другий приклад хибного у своїй основі розуміння законодавства ближчий до нас майже на три сторіччя. Він стосується статуту, вадою якого є неможливість будь-якого ясного визначення тієї шкоди, для виправлення якої він призначений. Зі скасуванням «сухого закону» американці прийняли дуже тверде рішення «запобігти поверненню колишніх салунів». Що це означало? Колишній салун був складною річчю, в якій поєднувалися архітектурні, атмосферні, художні, комерційні, юридичні та соціологічні аспекти. Було цілком неймовірно, що він зможе повернутися у своєму колишньому вигляді після п'ятнадцятирічної відсутності, за часи якої відбулися докорінні соціальні зміни. І все ж таки, заради подвійної гарантії безпеки, в багатьох штатах вважалося, що «має існувати якийсь закон».

^K ви забороните в законодавчому порядку таку річ, як «колишній салун»? Ну, в старих салонах були двері, що оберлися в обидва боки, тож давайте оголосимо незаконним по-ЗТИ алкогольн, напої поза всім, що можна назвати такими ^J^*a^y^cTapHX салонах постійні відвідувачі пили навстояч-

Smith v. Westfall, 1 Lord Raymond 317 (1697).

ки, тож давайте постановимо, що вони мусять сидіти, хоча в першому випадку більше підстав припускати, що вони пити-, муть менше. У колишньому салуні неможливо було замовити їжу за гроші, хоча вам могли дати попоїсти безкоштовно. Давайте створимо в новому салуні якусь атмосферу сімейного ресторану, поклавши на хазяїв юридичний обов'язок подавати їжу. Однак тут не можна заходити надто далеко. Було б украй нечесно вимагати від спраглої клієнта, щоб він замовляв їжу, перш ніж йому подадуть чогось випити. Отже, нехай буде встановлено законом, що новий салун має бути готовий подати їжу кожному, хто її замовить, хоча серед постійних відвідувачів таких, можливо, буде небагато.

Основна відповідальність за застосування цієї алопатичної суміші норм права була б, звичайно, покладена не на обвинувача, а на дозвільний орган. Чи може хтось уявити, щоб служба в такому органі мала хоч би який сенс як корисна соціальна функція? Хіба дивно, що ця сфера регулювання має сумну славу неефективної та корумпованої? Навіть якби можна було знайти сумлінного бюрократа, для якого простий дозвіл застосовувати правові норми, хоч би й безглузді, означав би виконання важливої життєвої місії, це все одно не розв'язало би проблеми. Залишилися б нерозв'язаними проблеми тлумачення, наприклад при вирішенні питання про те, що означає належна готовність подати їжу відвідувачу, який ніколи не приходить обідати.

У цьому місці ми мусимо припинити обговорення проблеми тлумачення. Це надто складна тема, щоб її можна було вичерпати якоюсь однією аналогією чи метафорою. Її вимоги настільки залежать від контексту, що ілюстративні приклади лише допоможуть виявити загальні принципи, але не можуть передати всієї нюансів застосування цих принципів до конкретних галузей права. Незважаючи на всі свої тонкощі, проблема тлумачення посідає центральне місце у внутрішній моралі права. Вона, як жодна з інших проблем, виявляє колективний характер завдання підтримання законності. Для того щоб представник закону, займаючись тлумаченням, зберігав відчуття корисної місії, законодавчий орган не повинен покладати на нього безглуздих завдань. Для того щоб автор законопроекту виконував свої функції, він, у свою чергу, повинен мати змогу передбачати раціональні та досить стабільні способи тлумачення. Ця обопільна залежність поширюється, хоча й не одразу очевидними шляхами, на весь правопорядок. Одна лише концентрація інтелекту, інтуїції та доброї волі, хоч би й у стратегічно обраному місці, не може забезпечити успіху в справі підкорення людської поведінки владі норм права.

ЗАКОННІСТЬ Ж ПРАКТИЧНЕ МИСТЕЦТВО

До щойно завершеного тривалого дослідження треба додати кілька заключних зауважень щодо практичного застосування принципів законності.

Першим на черзі буде застереження щодо слова «закон». 1941 р. до анотованого зводу законів штату Массачусетс (розділ 2, параграф 9) було додано положення, яке оголошувало chickadee офіційним птахом штату. Зараз є очевидним, що загальне благо не дуже постраждало б, якби цей закон тримався в секреті від народу та мав зворотну силу аж до висадки перших англійських колоністів з «Мейфлауер». Справді, якщо ми називаємо законом будь-який офіційний документ законодавчої влади, то мають існувати обставини, за яких повний текст того чи іншого закону повинен триматися в секреті. Такі обставини можуть виникнути, наприклад, коли здійснюються асигнування на потреби законодавчої влади для фінансування досліджень нового виду озброєнь. Завжди погано, коли якусь дію уряду доводиться приховувати від суспільства і в такий спосіб захищати від публічної критики. Але інколи ми мусимо схилитися перед суворою необхідністю. Навіть Конституція США в статті V передбачає, що кожна «палата має вести протокол своїх засідань і час од часу публікувати його, за винятком тих частин, які, на думку членів палати, вимагають таємності». Проте все це дуже мало стосується законів, які є темою нашого обговорення*. Я, наприклад, не можу уявити собі такої надзвичайної необхідності, яка виправдала б приховування від громадськості закону, що передбачає новий склад злочину або змінює умови юридичної чинності заповіту.

По-друге, порушення правової моралі мають тенденцію набувати кумулятивного характеру. Нехтування ясністю, послідовністю чи публічністю може породжувати необхідність у законах зі зворотною силою. Надто часті зміни в законі можуть зводити нанівець переваги офіційних, але уповільнених процедур його обнародування. Байдуже ставлення до можливості підкорятися законам може мати наслідком потребу в дискреційному правозастосуванні, яке, у свою чергу, послаблює узгодженість між діями офіційних органів і встановленими нормами права.

^~0^

говорений деяких проблем публічності, що впливають на дії уряду інакше, ніж прийняття законів у звичайному сенсі, можна знайти в моїй статті (*Governmental Secrecy and the Forms of Social Order*),
^{m 2} *Nomas* («Community») 256-268 (1959).

По-третє, коли закон просто надає чіткого виразу концепціям правильного та неправильного, поширеним у суспільстві необхідність обнародування та ясного формулювання встановлених законів стає менш важливою. Так само і з проблемою зворотної сили: там, де закон значною мірою віддзеркалює по^азаправову мораль, те, що має вигляд законодавства зі зворотною силою, може, по суті, лише підтверджувати вже широко визнані позиції або розвиток поглядів у напрямку визнання закону, який зрештою приймається. Коли наприкінці XVI сторіччя англійські суди нарешті забезпечили правовою санкцією двосторонній договір з виконанням у майбутньому, вони лиш^а відтворили прийняту в комерції практику й дозволили сторонам відверто робити те, до чого їх раніше примушували опосередковано.

По-четверте, суворість, з якою мають застосовуватися вісім вимог моралі права як одне ціле, а також порядок розміщення їх за пріоритетом, напевно, залежать від відповідної галузі права, а також від різновидів норм права, які розглядаються. Так, для людини зазвичай важливіше одержати ясне попередження про свої правові обов'язки, ніж чітке уявлення про неприємності, з якими пов'язане їхнє порушення; законодавчий акт зі зворотною силою, який передбачає новий склад злочину, вкрай небажаний, а схожий законодавчий акт, який подовжує термін ув'язнення за вже існуючий склад злочину, викликає менше заперечень. Одна з усіх відомих відмінностей між нормами права полягає в тому, що одні норми встановлюють обов'язки, а інші надають право- та дієздатність. На обох видах норм певною мірою позначаються всі вісім вимог правової моралі. Водночас норми, що надають і визначають юридичні права, рідко мають відповідність у звичаях повсякденного життя: потиск рук при укладенні ділової угоди ніколи не визнавався належною юридичною формальністю. Отже, щодо норм, які визначають юридичні права, вимоги публічності та ясності можуть бути особливо необхідними. З іншого боку, нерідко може виявлятися, що надання заднім числом юридичної чинності діям, які з^а існуючими законами були даремною спробою здійснити те чи інше юридичне право, сприяє справі законності, запобігаючи змішуванню юридичних прав.

І, нарешті, по-п'яте, варто нагадати, що в нашому ретельному аналізі кожної з вимог правової моралі ми, як правило, дотримувалися погляду сумлінного законодавця, який прагне зрозуміти характер своєї відповідальності та мужньо протистояти пов'язаним з нею труднощам. Цей наголос на нюансах

ї складних проблемах не повинен змусити нас забути про те, що не всі випадки є складними. Кожну з вимог законності можна грубо порушити і в такі способи, які не викликають сумнівів. Калігула, наприклад, як кажуть, поважав традицію, за якою всі закони Рима вивішувалися в публічному місці, але стежив за тим, щоб ^{то} власні закони були написані так дрібно й висіли так високо, аби їх ніхто не міг прочитати.

Той парадокс, що якийсь предмет може водночас бути таким легким і таким складним, можна проілюструвати одним висловлюванням Аристотеля. У своїй «Етиці» він порушує питання, чи легко поводитися з іншими справедливо. Він зауважує, що це може здаватися легким, бо існують певні встановлені правила справедливого поводження, які неважко вивчити. Застосування простого правила й само має бути простим. Однак це не так, каже Аристотель, наводячи в цьому місці одну зі своїх улюблених аналогій — медичну: «Знати, як діє мед, вино, чемериця, припікання та розрізання, — легка справа. Але знати, як, для кого й коли застосовувати їх як засоби лікування, — це не що інше, як бути лікарем»*.

Тож ми, у свою чергу, можемо сказати: неважко зрозуміти, що закони мають бути ясно висловленими у вигляді загальних норм, які мають пряму дію й доводяться до відома всіх громадян. Але знати, як, за яких обставин і в яких пропорціях цього досягти, — це не що інше, як бути законодавцем.

^{Ні} комахова етика, кн.У, 1137а.



КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА

Оскільки ідеї щодо призначення права такою значною мірою приховані в ідеях щодо того, що таке право... буде корисним зробити короткий огляд Ідей щодо природи права. — Роско Паунд.

Забувати про наміри — це та дурниця, яку роблять найчастіше, в Фрідріх Ніцше.

Мета цього розділу — належним чином пов'язати аналіз, наведений у другому розділі, з поширеними теоріями права та навколо права. За це завдання я взявся не для того, щоб перш за все обстояти те, що я висловив проти протилежних поглядів інших, а заради дальшого роз'яснення того, що тут досі було сказано. Хоча я згоден із тим, що праця з теорії права має бути не просто «книжкою, з якої довідуються про те, що містять інші книжки»*, але факт залишається фактом: те, про що довідуються з інших книжок (інколи опосередковано, не читаючи їх), діє як призма, крізь яку сприймається будь-яке нові дослідження. Суттєвою частиною викладу тут стає певне вигідне підкреслення власних поглядів на тлі тих, що глибоко вкоренилися в термінологію та міркування, пов'язані з відповідною темою.

ПРАВОВА МОРАЛЬ І ПРИРОДНЕ ПРАВО

Отже, продовжуючи свій виклад, перш за все я вважаю за необхідне пов'язати те, що я назвав внутрішньою мораллю права, з віковою традицією природного права. Чи становлять принципи, розвинуті мною в другому розділі, певний різновид природ'

* Hart, *The Concept of Law* (1961), viii.

ного права? На це запитання можна відповісти твердо, хоча й не без застережень, «так».

Я намагався виявити й чітко сформулювати природні закони конкретного виду людської діяльності, який схарактеризував як «спробу підкорити поведінку людей правилам». Ці природні закони не мають нічого спільного з «навислою всемогутністю негес». Не мають вони й жодної спорідненості з такими твердженнями, як «вживання контрацептивів є порушенням Божого закону». За походженням і застосуванням вони цілком земні. Вони не є «вищими» законами; якщо тут доречно будь-яка метафора щодо піднесення, то їх треба було б назвати «нижчими» законами. Вони нагадують природні закони теслярства або принаймні ті закони, яких дотримує тесляр, аби збудований ним дім стояв прямо й задовольняв потреби тих, хто в ньому живе.

Хоча ці природні закони стосуються одного з найважливіших видів людської діяльності, ними, безумовно, не вичерпується все моральне життя людини. Вони нічого не можуть сказати про такі предмети, як полігамія, вчення Маркса, схилення перед Богом, прогресивний прибутковий податок чи пригнічування жінок. Якщо поставити запитання, чи можна вважати такі або інші подібні теми об'єктами законодавства, то це питання буде пов'язане з тим, що я назвав зовнішньою мораллю права.

Можна вважати слушним (хоча й не цілком задовільним) спосіб описати цю різницю, виявивши відмінності між процесуальним і суттєвим природним правом. Те, що я назвав внутрішньою мораллю права, є в цьому сенсі процесуальною версією природного права, хоча заради уникнення непорозуміння слову «процесуальний» треба надати якогось особливого і розширеного значення, аби воно охоплювало, наприклад, суттєву суголосність між діями офіційних органів і прийнятими законами. Проте термін «процесуальний» взагалі доречний для позначення того, що ми займаємося не суттєвим призначенням норм права, а способами, в які треба будувати й застосовувати певну систему норм для регулювання людської поведінки, якщо вона має бути ефективною й водночас залишатися тим, чим претендує бути.

Який зв'язок знаходимо ми в реальній історії правової та політичної думки між принципами, викладеними мною в другому Розділі, та доктриною природного права? Чи становлять ці принципи невід'ємну частину традиції природного права? Чи так? І вони відхиляються мислителями-позитивістами, які про-
ють цій традиції? На ці запитання немає простої відповіді.

Позитивісти, безперечно, не винайшли ясної моделі. Остіц визначав закон як наказ якогось політичного начальника. Так він наполягав на тому, що «закони у строгому значенні слова» є загальними правилами й що «нерегулярні або конкретні накази» не є законами*. Бентам, який використовував свою яскраву лексику для суворого засудження законів природи завжди цікавився певними аспектами того, що я назвав внутрішньою мораллю права. Справді, він був немовби одержимий бажанням зробити закони доступними для тих, хто має ним підкорятися. З іншого боку, пізніше Грей вважав питання, чи має право набувати форми загальних правил, справою «практично не дуже важливою», хоча й визнавав, що специфічне ті ізолюване здійснення юридичних прав не є належною темою для правознавства**. На думку Шомло, закони зі зворотною силою можна засуджувати як несправедливі, однак вони в жодному сенсі не порушують будь-якого загального засновку, що лежить в основі самого поняття права***.

Що стосується мислителів, які дотримують традиції природного права, можна з упевненістю сказати, що жоден із них не продемонстрував би несерйозного ставлення Грея чи Шомло до вимог правової моралі. З іншого боку, їхня головна турбота пов'язана з тим, що я назвав суттєвим природним правом, з поважними цілями, до яких треба прагнути за допомогою норм права. Коли вони трактують вимоги правової моралі, то роблять це, я гадаю, звичайно в якийсь випадковий спосіб, хоча іноді один із аспектів цієї теми може підлягати ретельній розробці. Можливо, типовим щодо цього є приклад Фоми Аквінського. Стосовно потреби в загальних правилах (як протилежності розв'язанню суперечок окремо в кожному випадку) він розвиває напрочуд ретельно розроблену аргументацію, і один із його аргументів полягає в тому, що оскільки розумних людей завжди не вистачає, то буде розумно з практичного погляду знайти ширше застосування їхнім здібностям, примусивши їх розробляти проекти загальних норм, які потім зможуть застосовувати менш обдаровані люди****. З іншого боку, наслідуючи, чому Ісидор вимагав, аби закони були «ясно вислов-

* Див. прим.* на с.52.

** Ibid.

*** «Тож може існувати лише принцип змісту права, який виключає зворотну силу правових норм, а не принцип засновку». Sordani¹⁰ *Juristische Grundlehre* (2d ed. 1927), p.302.

**** *Summa Theologica*, Pt.I-II, ques.95, Art.1.

ле Ні», він задовольняється твердженням про бажання запобігти
«буд^ьяк,и ШК^оД^у»^{ш0} випливає із самого закону»*.

Я гадаю, буде правильно сказати про авторів з будь-якими філософськими переконаннями, що коли вони розглядають проблемами правової моралі, то, як правило, роблять це якимось недбало чи випадково. Причину цього не треба шукати далеко. Люди зазвичай не вважають за потрібне пояснювати чи обґрунтовувати очевидне. Цілком імовірно, що майже кожний філософ права, який хоч якимось вплинув на історію ідей, мав нагоду виголосити, що закони слід публікувати, аби ті, хто підлягають ним, могли довідуватися про їхній зміст. Мало хто відчув потребу розвинути аргументацію на користь цього твердження або включити його до якоїсь більш місткої теорії.

З однієї точки зору, погано, що вимоги правової моралі здавалися всім такими очевидними. Ця видимість затулила тонкощі та привела людей до хибного переконання, що не варто, а іноді навіть неможливо старанно дослідити цю тему. Коли стверджується, наприклад, що закон не повинен суперечити сам собі, то здається, що більше нічого не треба казати. Проте, як я спробував довести, в деяких ситуаціях принцип, спрямований проти суперечностей, може ставати одним із найважчих для застосування з-поміж тих, що становлять внутрішню мораль права**.

Із загального правила, що в історії політичної та правової думки принципи законності набували несерйозного й випадкового трактування, є один багатозначний виняток. Це — література, яка з'являлася в Англії протягом XVII сторіччя — сторіччя ремонстрацій, імпічментів, заколотів і громадянської війни, періоду, впродовж якого існуючі інститути було докорінно переглянуто.

Саме до цього періоду вчені відносять «природно-правові засади» американської Конституції. Література того періоду, дивним чином втілена переважно в двох крайніх формах анонімних памфлетів і суддівських виступів, була майже вся присвячена проблемам, які я вважаю проблемами внутрішньої моралі права.

ній йшлося про непослідовності, про закони, яким неможливо підкорятися, про парламенти, які діють усупереч власним зако-
Нам, перш ніж скасувати їх. Два характерних зразки цієї
літе Ратури

подано на початку другого розділу***. Але най-

** *Summa Theologica*, Pt.I-II, ques.95, Art.3.

*** Див. с.67-71.

Див. с.38. Чудовий звіт про цю літературу можна знайти в Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History* (1954).

відоміше висловлювання цього великого періоду належить Коуку в судовій справі доктора Бонема.

Генріх VIII надав Королівському лікарському коледжу (Як дарунок, ратифікований пізніше Парламентом) широкі повноваження в ліцензуванні та регулюванні медичної практики в Лондоні. Коледжу було даровано право розглядати справи про порушення його постанов і призначати штрафи та ув'язнення. Коли призначався штраф, то одну половину його одержував король, а другу — коледж. Томас Бонем, доктор медицини Кембриджського університету, започаткував медичну практику в Лондоні без свідництва від Королівського коледжу. Коледж притягнув його до судової відповідальності, оштрафував і потім ув'язнив. Бонем порушив справу про неправомірне ув'язнення.

У ході винесення Коуком судового рішення на підтримку позову Бонема з'являється це славнозвісне висловлювання:

«Цензори [Королівського коледжу] не можуть бути суддями, судовими виконавцями та сторонами: суддями — щоб виносити вирок чи судові рішення; судовими виконавцями — щоб викликати до суду; сторонами — щоб одержувати половину штрафу, *quia aliquis non debet esse Jude in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rei esse iudicem*; і ніхто не може бути водночас суддею й адвокатом для будь-якої зі сторін.

...І в наших книгах ясно викладено, що загальне право здебільшого має контролювати парламентські закони, а інколи визнавати їх повністю нечинними; бо коли парламентський закон суперечить загальним правам і здоровому глузду, або є ворожим, або його неможливо виконати, загальне право має контролювати його й визнавати такий закон нечинним»*.

Сьогодні цей вислів часто розглядається як квінтесенція позицій природного права. Проте зауважимо, як сильно наголошується в ньому на процедурах та інституційних звичаях. Дійсно, лише одна фраза стосується суттєвої справедливості, — та, де йдеться про парламентські закони, які «суперечать загальним правам і здоровому глузду». Однак цілком імовірно, що ця «загальними правами» Коук мав на увазі права, які надаються законом, а отже, ним і відбираються; інакше кажучи, це про*

* 8 Rep. 118a (1610). Цікаве дослідження зв'язку між цим відомим пасажом і фактичним вирішенням судової справи, порушеної доктором Бонемом, міститься в статті Thorne, «Dr. Bonham Case», 54 *Law Quarterly Review* 543-552 (1938).

блема, яка часто виникає внаслідок створення законів зі зворотною силою. Може видатися дивним говорити про суперечливі закони в контексті, що стосується в основному хибності дій ЛЮДИНИ як СУДДІ У ВЛАСНІЙ справі. Проте для Коука тут існував тісний зв'язок понять. Інституції можуть бути несумісними так само, як і норми права. Коук і його колеги по суду намагалися створити в судовій системі атмосферу безсторонності, в якій було б цілком неможливо, аби суддя, скажімо, суду загальних позовів розглядав у суді власну справу. Потім у їхні зусилля брутально й недоречно втрутилися король і парламент, створивши «суд» лікарів, який мав виявляти зазіхання на власну монополію та забирати собі половину призначених штрафів. Коли Коук пов'язав це законодавче неподобство з ворожістю, він не просто висловив свою відразу до нього; він мав на увазі, що воно суперечило необхідним рішучим зусиллям, здійснюваним у протилежному напрямку.

Поширена серед сучасних науковців точка зору, нібито в процитованому уривку Коук виказує свою наївну віру в природне право, не дуже допомагає нам зрозуміти інтелектуальний клімат XVII сторіччя. Набагато більше вона говорить нам про нашу епоху, епоху, яка вважає себе здатною вірити в те, що будь-яка апеляція до людської природи або до природи речей завжди є лише прикриттям для суб'єктивного вибору й що до рубрики «суб'єктивний вибір» треба індиферентно занести такі різні твердження, як те, що закони мають бути чітко висловленими, й те, що єдино справедливим податком є той, що примушує громадянина платити рівно стільки, скільки він отримує від держави.

Ті, хто фактично створював нашу республіку та її конституцію, у своєму мисленні були набагато ближче до епохи Коука, ніж до нашої. Вони також були зацікавлені уникати суперечностей у своїх інститутах і стежити за тим, щоб ці інститути відповідали природі людини. Гамільтон відкидав «політичну ересь» поета, який писав:

«Хай дурні б'ються за форми врядування — Найкраща та, Що краще управляється»*.

Підтримуючи повноваження судової влади оголошувати закони Конгресу неконституційними, Гамільтон зазначав, що су-
а Вл ада ніколи не може бути цілковито пасивною щодо за-
зм Одавств а; навіть за відсутності письмової конституції судді

Ушені, наприклад, розробляти певне правило трактування

суперечливих законодавчих актів, яке виводиться не «з якогось конкретного закону, а з характеру та підстави предмета»*

У нашій країні не припиняється дискусія навколо питання чи варто судам під час тлумачення Конституції керуватися міркуваннями, пов'язаними з «природним правом»**. Я гадаю, що ця дискусія могла би більше сприяти проясненню спірних питань, якби була визначена різниця між природним правом суттєвих цілей та природним правом, яке стосується процедур та інститутів. Проте треба визнати, що терміном «природне право» аж надто зловживали, тож важко повернути собі неупереджене ставлення до нього.

Цілком ясно, що багато які з положень Конституції, як я зазначав, невиразні й недосконалі***, тобто їх треба в той чи інший спосіб наповнювати значенням. Безумовно, ті, чия доля хоч якоюсь мірою залежить від творчого акту тлумачення, що заповнює ці прогалини в значенні, а також ті, на кому лежить відповідальність за саме тлумачення, мусять бажати, аби воно здійснювалося на якомога надійнішій основі, якомога більш ґрунтувалося на потребах демократичного врядування та са людської природи.

Я гадаю, що найближчий такий ідеал перебуває для нас у сфері конституційного права, що вивчає проблеми, які назвав внутрішньою мораллю закону. У цій сфері тлумачення часто може значно відступати від чітких формулювань Конституції і все ж таки впевнено спиратися на переконання, що воно зберігає вірність прихованим замірам усієї структури нашого врядування. Наприклад, у Конституції немає чітко встановленої заборони щодо створення розпливчастих або незрозумілих законів. Однак я сумніваюся, щоб хтось вважав узурпацією з боку судді погляд, за яким кримінальний закон порушує «належну правову процедуру», якщо не дає достатнього опису дії, яку він забороняє****. Коли обмірковуємо проблеми, пов'язані зі створенням проекту конституції, то ґрунтованість такого погляду стає очевидною. Якби до Конституції було включено недвозначне положення, спрямоване проти розпливчастих законів, то міру розпливчатості, я

* *The Federalist*, No.78.

** У суді ця дискусія розпочалася з обміну думками між суддями Блеком і Франкфуртером у справі *Adamson v. California* 332 U.S. 46 (1947).

*** Див. с.83.

**** Див. посилання в прим.**, розд.2, с.65.

призводила б до позбавлення закону юридичної сили, мав би визначати якийсь явний чи неявний критерій. Цей критерій мав би діяти на цілком загальних умовах. Виходячи із засновку, що закон керує діями людей і оцінює їх за допомогою загальних норм, будь-який кримінальний статут має бути досить ясним, щоб виконати своє подвійне призначення: адекватно попереджувати громадян про характер заборонених дій та забезпечувати адекватні провідні принципи судового розгляду, узгодженого із законом. Якщо спробувати поєднати все це в одному реченні, то важко знайти кращий вислів, ніж «належа права процедура».

Конституція позбавляє чинності будь-який «закон, що послаблює обов'язкову силу договорів». Проте суди визнали, що закон, який занадто підвищує обов'язкову силу існуючих договорів, може так само викликати заперечення, а отже, суперечити Конституції*. Здається, несподіваний висновок, але він ґрунтується на надійній конституційній основі. З контексту пункту про послаблення обов'язкової сили стає зрозуміло, що воно вважалося одним із проявів такого поширеного лиха, як законодавство зі зворотною силою, і автори законопроекту утрималися (розумно враховуючи складність завдання) від спроби вжити будь-якого вичерпного заходу, який охоплював би цю проблему. Коли ми оцінюємо пункт про послаблення зобов'язань у контексті його загального призначення, стає очевидним, що заперечення, яке можна застосувати до законів, що зменшують обов'язкову силу існуючих договорів, так само застосовне до законів, які її збільшують. Беручи на себе ризик, пов'язаний із договірним зобов'язанням, людина може у належний спосіб враховувати те, що існуючим законом установлюється як її зобов'язання в разі невиконання договору. Якщо цей закон потім радикально змінюється не на її користь, то це означає, що законодавча влада порушила дану цій людині обіцянку.

Може здатися, що в цих останніх зауваженнях я приписую внутрішній моралі закону суперечливі властивості. Я говорив Р° те, що цю мораль важко сформулювати у вигляді письмової конституції. Водночас я стверджував, що під час розглядів, що стосуються внутрішньої моралі закону, суддівське ^УМачення може бути надзвичайно переконливим щодо своєї ективності, незважаючи на фрагментарність і неадекватність *~7p_____•

^ те випадки розглядаються в Hale, «The Supreme Court and Contracts Clause», 57 *Harvard Law Review* 512, 514-516 (1944).

конституційних формулювань, на які воно змушене спиратися; Хіба можливо, що завдання, таке складне для автора закону* проекту, що він змушений припинити свою працю над ним н* півдорозі, забезпечує відносно тверді провідні принципи для суддівського тлумачення?

Відповідь на це запитання, я гадаю, вже було дано, хоча й у дещо незвичному вигляді. Я описав внутрішню мораль права як переважно мораль прагнення, а не обов'язку. Хоча можна вважати, що ця мораль складається з окремих вимог, або «де-зидератів» (я визначив їх вісім), вони не піддаються якомусь самостійному та категоричному викладенню. Усі вони є засадами досягнення однієї-єдиної мети, і за різних обставин оптимальне розташування цих засобів може змінюватися. Так, через необережний відступ від однієї вимоги, можливо, потрібний врівноважуючий відступ від іншої; це той випадок, коли неспроможність надати належної гласності якійсь новій формальній вимозі може зумовити потребу у виправленні за допомогою закону зі зворотною силою. Іноді нехтування однією вимогою може спричинити додаткове навантаження на іншу; так, внаслідок надто частого внесення змін до законів стає дедалі вагомішою умова гласності. Інакше кажучи, за різних обставин елементи законності мають знову й знову комбінуватися згідно з чимось на зразок економічного розрахунку, який пристосовуватиме їх до конкретної справи.

Ці міркування, на мій погляд, ведуть до висновку, що в тій конституційній сфері, яку я позначив як внутрішню мораль закону, інститут суддівського нагляду — найнеобхідніший і найефективніший. Скрізь, де суд має достатнє право вибору, йому слід залишатися в межах цієї сфери. Судова справа *Robinson* California**, на мій погляд, є тим випадком, якому Верховний суд цілком очевидно надав неправильного повороту. Коли більшість розглядала предмет суперечки в цій справі, було порушено питання, чи може якийсь нормативний акт конституційно криміналізувати стан чи обставину звичного вживання наркотиків, передбачивши покарання за нього у вигляді шестимісячного ув'язнення. Було визнано за науковий факт, що ця обставина може траплятися безневинно. На думку суду: цей нормативний акт порушив VIII поправку до Конституції США, призначивши «жорстоке та незвичайне покарання».

Немає сумніву, що потрапити на шість місяців до в'язни зазвичай не вважалося б за «жорстоке та незвичайне покара^н».

* 370 U.S. 660 (1962).

ня>> — вислів, який одразу викликає в уяві ганебний стовп і ганебний стілець. Намагаючись відповісти на це заперечення, суд висунув аргумент, що при визначенні того, чи було це покарання жорстоким і незвичайним, враховувався характер злочину, за який його було призначено. Таким чином, суд без необхідності поклав на свої плечі загальну відповідальність (безумовно, обтяжливу, хоча вона й зображувалася як висока) за пристосування покарання до злочину.

Це відхилення в бік суттєвої справедливості було, на мою думку, зовсім непотрібне. У нас є позитивно висловлена конституційна заборона законів зі зворотною силою, а також загальновизнана норма конституційного права, за якою передбачене законом визначення складу злочину має відповідати певним мінімальним критеріям ясності. Обидва ці обмеження законодавчої свободи ґрунтуються на засновку, що кримінальний закон має подаватися громадянину в такій формі, щоб він міг моделювати свою поведінку за його зразком, тобто підкорятися йому. Безневинне перебування у стані чи в обставинах наркотичної залежності не можна тлумачити як акт, тим більше як акт непокори. Введення рішення у справі *Robinson v. California* в традиційні рамки належної процедури викликало б не більші труднощі, ніж, наприклад, випадок, у якому той чи інший кримінальний закон зберігається законодавчим органом у таємниці, доки за цим законом не подається обвинувальний акт. (Слід нагадати, що в нашій Конституції немає чітко висловленої вимоги щодо публікації законів.)

ПРАВОВА МОРАЛЬ І ПОНЯТТЯ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Наше наступне завдання — належним чином пов'язати погляд на право, відображений у цій книзі, із загальновживаними Дефініціями позитивного права. Єдина із запропонованих у сучасних працях формул, яку можна назвати дефініцією права, ^{Вж} є цілком звична: право — це спроба підкорити поведінку людей владі правил. На відміну від більшості сучасних теорій права, цей погляд трактує право як діяльність, а правову систему як ^{му} ^{Пр} ⁰ ^Д ^У ^К ^Т безперервних цілеспрямованих зусиль. Як ^{Важ} ^{те} порівняємо прихований сенс такого погляду з іншими, можна йому протиставити, ^н ^е ^р ^ш ^а ³ теорій, які я хочу розглянути, за настроєм і розстановкою ⁰¹⁰ акцентів перебуває на протилежному від змісту моєї ^{яка} ^{КИ} ^{Пол} ^{юс},[>] однак, як це не парадоксально, висуває тезу, легко узгоджується з моєю власною. Це відома прогнозна

теорія права Холмса: «Передречення того, що фактично робитимуть суди, і нічого більш претензійного — це те, що я розумію під правом»*.

Зараз вже очевидно, що здатність до пророцтва передбачає певний порядок. Отже, прогнозна теорія права має припускати певну сталість впливів, які визначають, «що фактично робитимуть суди». Холмс визнав за краще абстрагуватися від будь-якого дослідження цих впливів і зосередив свою увагу на лезі закону.

Він пояснював, що зробив це заради того, аби з'ясувати чітку різницю між правом і мораллю. Але він міг вважати цю мету досягнутою, лише утримуючись від будь-якої спроби описати дійсний процес самого прогнозування. Аби розумно прогнозувати, що фактично робитимуть суди, ми мусимо спитати, що вони намагаються робити. Ми мусимо насправді йти далі й опосередковано брати участь у цьому цілеспрямованому зусиллі по створенню та підтриманню системи керування людською поведінкою за допомогою правил. Для того щоб зрозуміти це зусилля, ми мусимо усвідомлювати, що багато з притаманних йому проблем є моральними за характером. Так, нам треба поставити себе на місце судді, який натрапляє на закон, що має вкрай неясну термінологію в нормоустановчій частині, проте в преамбулі досить чітко розкриває мету, яку суддя вважає просто нерозумною. Нам треба поділяти страждання втомленого автора законопроекту, котрий о другій годині ночі говорить собі: «Я розумію, що все треба робити правильно, бо інакше людей тягнутимуть до суду за речі, яких ми взагалі не мали на увазі. Але як довго мені ще переробляти цей законопроект?»

Зосередженість на порядку, встановленому законом абстраговано від цілеспрямованого зусилля по його створенню, аж ніяк не є особливістю прогнозної теорії Холмса. Професор Фридман, наприклад, у спробі висунути якусь нейтральну ідею права, яка не вноситиме до самого поняття права жодного конкретного ідеалу суттєвої справедливості, пропонує таку дефініцію:

«Принцип панування права означає просто «існування громадського порядку». Він має на увазі організовану державну владу, яка діє за допомогою різних інструментів і каналів правового контролю. У цьому сенсі всі сучасні суспільства живуть за принципом панування права — і фашистські, і соціалістичні, і ліберальні держави»**.

* Holmes, «The Path of the Law», 10 *Harvard Law Review* 457-47^o. at p.461 (1897).

** Friedmann, *Law and Social Change* (1951), p.281.

Тепер ясно, що подобу «існування громадського порядку» можна створити й беззаконним терором, призначеним утримувати людей у їхніх домівках подалі від вулиці. Зрозуміло, що Фридман не має на увазі цей тип порядку, бо він говорить про «організовану державну владу, яка діє за допомогою різних інструментів і засобів правового контролю». Але крім цього туманного натяку на своє уявлення про порядок він не повідомляє нічого. Він просто коротко висловлює переконання в тому, що закони нацистської Німеччини, якщо розглядати їх «як право», були правом не менше, ніж закони будь-якої іншої країни. Немає потреби говорити, що це твердження цілком розходиться з наведеним тут дослідженням.

Більшість теорій права або відверто стверджує, або мовчазно припускає, що характерна прикмета права полягає в застосуванні примусу або сили. У моїй книжці ця характерна прикмета не визнається. У цьому відношенні поняття права, яке я відстоюю, суперечить наступній дефініції, запропонованій одним антропологом, який намагається розпізнати визначальний «правовий» елемент серед різних форм соціального порядку, з яких складається примітивне суспільство:

«Для практичного застосування можна дати таке визначення права: соціальна норма є правовою, якщо її ігноруванню чи порушенню регулярно протистоїть (у вигляді погрози чи фактично) застосування фізичної сили окремою людиною чи групою, якій належить визнаний суспільством привілей діяти у такий спосіб»*.

У сучасних працях дуже поширена ідея, що надання праву повноважень застосовувати фізичну силу може допомогти його ототожненню й відрізненню від інших соціальних явищ. На мою думку, ця ідея дуже зашкодила ясності уявлення про функції, які виконує право. Мабуть, доречно запитати, як виникло це ототожнення.

Перш за все, зважаючи на людську природу, цілком очевидно, що система правових норм може втратити ефективність, якщо вона дозволяє беззаконному насильству кидати собі виклик, коли насильство можна припинити лише насильством. Тож цілком природно, що у суспільстві має існувати певний механізм, який в разі потреби застосовує силу на підтримку закону.

Дяк це аж ніяк не виправдовує тлумачення застосування (або енційного застосування) сили як визначальної характеристики права. Сучасна наука значною мірою залежить від застосу-

noebel, *The Law of Primitive Man* (1954), p.28.

вання вимірювальної та випробувальної апаратури; без неї вона не змогла б досягти того, чого вона досягла. Але на цій підставі мабуть, ніхто не зробить висновку, що науку треба визначати як застосування апаратури для вимірювання та випробування. Так само і з правом. Те, що право може робити для досягнення своїх цілей, цілком відмінне від самого права.

Іще один чинник впливає на ототожнення права із силою. Саме тоді, коли правова система бере на озброєння силові методи, ми ставимо перед нею найсуворіші вимоги належної правової процедури. У цивілізованих країнах саме в кримінальних справах ми найвимогливіше ставимося до гарантій того, що закон зберігатиме вірність собі. Тож ця галузь права, що її найбільше ототожнюють із силою, є водночас галуззю, яку ми найбільше пов'язуємо з виконанням усіх формальних вимог належної правової процедури. Це ототожнення є особливо доречним для примітивного суспільства, де перші кроки до правового порядку скоріш за все були спрямовані на попередження чи виправлення несподіваних вибухів індивідуального насильства.

Ці міркування пояснюють, але не спростовують сучасну тенденцію вважати фізичну силу визначальною прикметою права. Перевіримо це ототожнення за допомогою одного гіпотетичного випадку. Якесь країна дозволяє іноземним торговцям перебувати на своїй території лише за умови, що вони внесуть значну суму грошей до державного банку, гарантуючи дотримання певної сукупності спеціальних правових норм, які регламентують їхню діяльність. Ця сукупність норм застосовується чесно, а в разі виникнення суперечок тлумачиться та застосовується спеціальними судами. Якщо виявляється якесь порушення, держава згідно з розпорядженням суду стягує штраф у вигляді відрахування з банківського вкладу. Для цього відрахування не потрібна сила, треба лише виконати просту бухгалтерську операцію; для того щоб запобігти їй, торговець не має в своєму розпорядженні сили. Звичайно, буде неправильно відмовляти такій системі називатися «правовою» лише тому, що вона не мала нагоди застосувати силу чи погрожування силою для виконання своїх вимог. Однак ми могли б цілком слушно зробити це, якби було виявлено, що її обнародував норми та судді в мантиях є лише прикриттям фактично беззаконного акту конфіскації.

Міркування, які стоять за цим прикладом, звільняють нас я гадаю, від необхідності ретельного дослідження наступної^ питання: що саме розуміють під силою, коли вважають *Ц*

а визначальну прикмету права? Якщо в якомусь теократичному суспільстві погрози пекельним вогнем досить для забезпечення підкорення його законам, чи є це «погрожуванням силою»? Якщо так, то сила починає набувати нового значення і просто зазначає: щоб якась система могла називатися правовою, вона має досягти певної мінімальної ефективності в практичних справах, хоч би на чому ґрунтувалася ця ефективність, — твердження, яке не викликає ані заперечень, ані захоплення,

У більшості теорій права елемент сили тісно пов'язаний з ідеєю певної формальної ієрархії контролю чи влади. У наведеному уривку з Гьобеля цей зв'язок відсутній, бо як антрополог Гьобель займався примітивним правом, де взагалі немає жодного чітко визначеного ієрархічного владного порядку. Проте з моменту виникнення національної держави багато філософів права — від Гоббса та Остіна до Кельзена та Шомло — вбачали сутність права в пірамідальній структурі державної влади. Цей погляд абстрагується від цілеспрямованої діяльності, необхідної для створення й підтримування системи правових норм, і задовольняється описом інституційної структури, в межах якої нібито відбувається ця діяльність.

За цю абстрактність філософи права заплатили велику ціну. Всередині того напрямку, який її визнавав, виникло багато суперечок без будь-якого розумного принципу їхнього розв'язання. Візьмемо, наприклад, дискусію щодо того, чи містить «право» лише норми певного універсального характеру, чи треба вважати, що воно охоплює також «конкретні або нерегулярні накази». Дехто стверджує, що право має на увазі певного виду універсальність, інші заперечують це. Ті, хто погоджується з необхідністю універсальності, не погоджуються щодо правильного способу її визначення: чи потрібна для цього якась категорія Дій, або категорія осіб, або те й те?*

Ця дискусія, ґрунтуючись лише на твердженнях і зустрічних твердженнях, заходить у ґіухий кут. Я вважаю, що вона не матиме переконливого змісту, якщо не почати з очевидної істини: громадянин не може орієнтуватися у своїй поведінці на закон, якщо те, що зветься законом, пропонує йому лише низку поодиноких і безформних Роявів державної влади.

Як ми запитаємо, яке призначення має концепція права ієрархії влади, то відповідь, мабуть, буде такою: ця концепція Яє собою правовий вираз політичної національної держави.

Див. прим. на с.52.

Менш розпливчастою та, на мою думку, більш обґрунтованою відповіддю було б твердження, що вона є виразом зацікавленості в розв'язанні конфліктів усередині правової системи. Дійсно можна сказати, що вона перетворює один із принципів внутрішньої моралі права — той, який засуджує суперечливі закони, — на абсолют, заради якого можна нехтувати всіма іншими. Ця зосередженість на внутрішній послідовності стає особливо промовистою як підставовий елемент теорій Кельзена та Шомло*. Звичайно, бажано уникати нерозв'язних суперечностей у правовій системі або розв'язувати їх, коли вони виникають. Але якщо розглядати це питання без передчасних зобов'язань, то якою може бути підстава для того, щоб віддати перевагу одній із систем, коли доводиться обирати між правовою системою, повною суперечностей, і тією, де норми сформульовані так розпливчасто, що неможливо зрозуміти, чи суперечать вони одна одній?

Можна відповісти, що здоровий глузд і турбота про ефективність своїх заходів звичайно змусять законодавця дбати про розумну ясність законів, тимчасом як суперечності в нормах права, застосовуваних різними державними органами, становлять постійну проблему. Перш ніж погодитися з такою відповіддю, нам, безумовно, треба поміркувати над дуже реальною для державної влади спокусою робити свої закони незрозумілими. Проте більш фундаментальна помилка в розумінні цієї проблеми пов'язана з тим, що замість з'ясування спірних питань і пошуків відповідних рішень ми намагаємося подолати свої труднощі за допомогою санкціонованих дефініцій. Звичайно, дуже добре визначати закон у такий спосіб, щоб він не мав внутрішніх суперечностей, бо теоретично завжди існує якась вища інстанція, яка може вирішувати суперечки на нижчому рівні. Але це не розв'язує практичних проблем суперечливості законів, зокрема проблему з'ясування того, що в близьких випадках вважати за суперечність. Хоча Кельзен і Шомло вважають проблему розв'язання суперечностей важливою, жоден із них, наскільки я можу визначити, ніколи не обговорював жодної проблеми з тих, *III*^o можуть спричинити утруднення в реальній практиці. Натомість уся їхня дискусія присвячена таким абстракціям, як «з точки зору логіки неможливо стверджувати одночасно: «А мусить»

* Див. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp.401-404 and index entry «Non-contradiction, principle of»; Somlo, *Juristic "Grundlehre* (2d ed. 1927), index entry «Widerspruche des Rechts»-

• «Д не мусить»*; така заява навряд чи допоможе судді, який намагається упоратися із законом, де в одній статті нібито йдеться, що пан А мусить сплачувати податок, а в іншій — що він звільнений від нього. Зіткнувшись з таким законом, суддя здобуде небагато користі й з принципу Шомло: там, де є «реальна» (на відміну від «уявної») суперечність, треба вважати, що протилежні норми анулюють одна одну**.

Навіть якби ми могли розв'язати всі проблеми суперечливості за допомогою якоїсь дефініції, це все одно не доводить, що чітко визначена ієрархія влади завжди є найкращим способом улагодження конфліктів усередині правової системи. Обговорюючи, що є законом, коли суди нижчого рівня розходяться в думках, Грей заздалегідь припускає певну судову ієрархію й дає недвозначну відповідь, що в такому разі законом є те, що говорить вищий суд***. Проте можна легко уявити якусь систему судів рівного статусу, в якій судді час од часу збиралися б, аби улагоджувати будь-які конфлікти між собою в процесі дискусій та взаємного пристосування. Безсумнівно, щось подібне відбувалося, коли судді апеляційних судів, як правило, головували в судових процесах і виносили сумнівні випадки на розгляд усього суду.

У нашій країні в галузях промисловості, об'єднаних профспілками, ми маємо інституцію, яку було названо «промисловою юриспруденцією». Норми, що регулюють стосунки всередині того чи іншого промислового підприємства, встановлюються не актом якогось законодавчого органу, а договором між керівництвом і профспілкою. Судовий корпус цієї правової системи становлять арбітри, обрані знов-таки за обоюсторонньою згодою. У такій системі, звичайно, трапляються нагоди для помилок. Якщо відсутня згода між керівництвом і профспілкою, не може з'явитися підставовий документ про права сторін — колективний Договір. Якщо за успішно укладеного договору виникає якийсь конфлікт, сторони можуть не дійти згоди щодо призначення арбітра. Як правило, для запобігання таким випадкам створюється Певна формальна умова: наприклад, повноваження призначити арбітра можуть бути надані Американській арбітражній асоціації.^{ле} така умова не є ані обов'язковою, ані такою, що гарантує ід невдачі. Будь-які правові системи можуть зазнавати краху, в У числі ті, що мають найчіткіший порядок підлеглості.

I, Jelsen, p.374.

... ^°ml6, p.383,

Gr^{ay}, *The Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), p.117.

Обговорюючи теорії, які ототожнюють право з певним ієрархічним владним порядком, Пашуканіс влучно зауважує* що якби чіткий порядок підлеглості був найважливішою властивістю права, то ми мали б вважати армію за архетип правопорядку. Проте будь-який подібний погляд суперечив би найелементарнішому здоровому глузду. Цілком очевидно, що причина такої розбіжності між теорією та практичною розважливістю полягає в зосередженості теорії на формальній структурі та нехтуванні цілеспрямованою діяльністю, яку ця структура нібито має організовувати. Тут немає потреби ретельно досліджувати відмінності між типом ієрархічного порядку, необхідного для військових цілей, і тим, що може вважатися обов'язковим для правової системи. Треба згадати лише про поширену й дуже болісну проблему, з якою стикається той чи інший правопорядок, усвідомлюючи, що треба робити, коли простий громадянин покладається на хибне тлумачення закону, виконане органом, який займає нижчу сходинку правової скали. Ясна річ, таке питання не могло б виникнути всередині військового порядку, за винятком випадків воєнного стану, коли військові беруть на себе функцію керування поведінкою цивільних громадян.

Наше обговорення теорій права буде неповним, якщо ми не згадаємо про принцип парламентського суверенітету — доктрину, згідно з якою вважається (наприклад, у Великій Британії), що парламент має необмежені законодавчі повноваження. Ця доктрина заслуговує на нашу увагу завдяки своєму тісному зв'язку з теоріями, які визнають ієрархічний порядок влади за необхідну ознаку правової системи.

Парламентський суверенітет можна цілковито підтримати аргументом політичної завбачливості, який полягає в тому, що завжди бажано мати резерв законодавчих повноважень на випадок непередбачених обставин. Відверті обмеження повноважень законодавчого органу, які на момент їхнього прийняття здаються розумними й корисними, пізніше можуть становити перешкоду для вживання необхідних заходів у разі радикальної зміни ситуації. Якщо тиск обставин надто великий, парламент може обходити ці обмеження, вдаючись до хитрощів і фікцій, які спотворюють моральну атмосферу в державній владі й навіть її інституційну структуру. Гіпотетично це можна пр

* Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism* (1927), trans. **Bah** in *Soviet Legal Philosophy*, 20th Century Legal Philosophy Series, **III** (1951), at p. 154.

ЛіоСтрувати посиленням на найсуворіше обмеження, яке міститься в нашій власній Конституції. Це — положення, за яким жоден штат без його згоди не можна «позбавити рівного виборчого права в Сенаті»*. Воно єдине з нині чинних конституційних обмежень, яке не можна змінити навіть поправкою до самої Конституції.

Отже, припустімо, що в деяких штатах суттєво зменшилася чисельність населення (наприклад, внаслідок природної катастрофи), тож, скажімо, одна третина штатів має населення близько тисячі осіб кожний. У такій ситуації рівне представництво в Сенаті стає, мабуть, політичним безглуздом. Якщо додержуватися права на рівне представництво, то все політичне життя країни може зазнати жакхливих втрат. За таких обставин природно виникає думка про можливість якогось юридичного маневру. Чи можемо ми скористатися правом внесення поправок, щоб звести роль Сенату до чогось схожого на роль Палати лордів? Або відмовитися від Сенату на користь якоїсь загальноамериканської асамблеї? Чи маємо ми достатню підтримку з боку громадськості, аби просто перейменувати Сенат на «Раду старійшин» і перерозподілити представництво в ній?

Коли ми порівнюємо очевидну жорсткість письмової конституції з принципом верховенства парламенту, нас не повинна вводити в оману позірна суворота цього принципу. Парламентський суверенітет означає фактично, що парламент стоїть над законом у тому сенсі, що може змінювати будь-який закон, який йому не до вподоби. Однак, як не парадоксально, цю позицію перебування над законом він отримує лише внаслідок власного підкорення закону — закону своєї внутрішньої процедури. Бо для того щоб корпоративний орган ухвалював закони, він має відповідати законам, які визначатимуть, коли вважати прийнятим той чи інший закон. Ця сукупність законів може зазнавати таких самих невдач, як і будь-яка інша правова система: вона може бути надто розпливчастою або суперечливою, щоб слугувати надійним радником, і, крім того, на практиці її нормами можуть нехтувати, не виконуючи їх вчасно.

само і, мабуть, дуже легко призвести до порушення правомірних процесів законодавчої діяльності. Навіть в Англії, де схильні, дотримуватися правил і вести справи чесно, як кажуть, одного разу застосував як закон (на підставі

одного запису в Парламентському реєстрі) захід, який фактично ніколи не було ухвалено парламентом*. Структура влди, яку так часто й охоче вважають організатором права, сац є його продуктом.

У країні, де доктрина парламентського суверенітету культивується найенергійніше, дискусії навколо неї стосуються не стільки її розумності, скільки питань права. Ті, хто підтримує цю доктрину, взагалі розглядали її як принцип права, який можна захистити чи спростувати лише правовими аргументами; критики доктрини, як правило, погоджувалися з цим. Саме тоді, коли аргументація набуває цієї форми, з'являється нагода для залучення теорій про природу права. Насправді цю доктрину сформували теорії, які я визначив як фатальну відстороненість від спроби створення та застосування якоїсь системи правил для керування людською поведінкою.

Наслідки цієї відстороненості стають очевидними у вирішальному висловлюванні Дайсі з його показового захисту правила парламентського суверенітету. У заключній частині свого головного аргументу він стверджує, що певні закони, прийняті парламентом, становлять «найвищий прояв і вивершений доказ суверенної влади»**.

Які ж законодавчі акти мають ці надзвичайні властивості? Як висловився Дайсі, це «акти, подібні до тих, що оголошують чинними шлюби, які через формальну помилку або з іншої причини не були належно освячені в церкві», та статuti, «метою яких є узаконення юридичних угод, що були незаконними на час їхнього укладення, або звільнення від відповідальності за порушення закону людей, до яких застосовний даний статут»***. Саме про такі законодавчі акти Дайсі писав, що, «являючи собою, так би мовити, узаконення незаконності», вони становлять «найвищий прояв і вивершений доказ суверенної влади».

Це лише одна з теорій, що цілковито нехтують реальними фактами створення та застосування правової системи, яка могла б винести такий огульний (хоча, на щастя, надзвичайно метафоричний) вирок законам зі зворотною силою. Слід нагадати, що інші прихильники тієї самої загальної філософської школи, до якої належав Дайсі, розглядали закони зі зворотною силою як звичайне здійснення законодавчих повноважень,

Dicey, *The Law of the Constitution* (10th ed., 1960), Intro., xi.

* Ibid., p.50.

** Ibid., pp.49-50.

становить особливої проблеми для теорії права*. Ці діалектично протилежні погляди, що виникають у межах однієї загальної теорії, є, мені здається, симптомами відсутності будь-якого реального зв'язку з проблемами законотворчості.

Аналогічна відсутність зв'язку виявляється у тих висновках, які Дайсі схильний робити з правила парламентського верховенства. Найвідоміший із таких висновків сформульовано так: «Парламент міг би ліквідувати сам себе через законну процедуру розпуску й не залишити засобів законного скликання наступного парламенту»**. Це приблизно те саме, що говорити, нібито сила життя виявляє себе навіть в акті самогубства, — заява, яка, мабуть, відзначається певною екзистенціальною поетичністю, але має майже так само мало спільного зі звичайними справами й турботами людей, що й легалізація Дайсі самогубства правопорядку.

Традиційним для обговорення правової всемогутності парламенту є перевірка тверджень, екстремальних аж до абсурдності, за допомогою не менш абсурдних прикладів. Цієї традиції я цілком дотримуюся у своєму наступному прикладі. Поеднаймо два з тверджень Дайсі: що парламент може у законний спосіб покласти сам собі край і що «парламент, за англійською конституцією, має право видавати чи скасовувати будь-які закони»***. Тепер припустімо, що в якомусь психотичному майбутньому парламент має встановити в законодавчому порядку такі заходи: (1) усі, хто на той час є членами парламенту, звільняються надалі від обмеження будь-якими законами й за законом мають право красти, вбивати й гвалтувати без покарання; (2) будь-яке втручання в дії таких осіб є злочином, який підлягає смертній карі; (3) будь-які інші закони скасовуються; (4) парламент є перманентно розпущеним, безумовно, важко уявити собі юриста, який, проконсультувавшись із Дайсі, повідомляє своєму клієнтові, що «як питання права у строгому значенні» члени парламенту, які грабують і гвалтують, перебувають у межах своїх законних прав і що клієнт має поставити перед собою моральне питання — чи порушувати закон, здіймаючи на них руку. В якийсь момент ми виходимо

з гравітаційного поля, в якому розрізнення між правом і не-
 Рвом має значення. Я вважаю, що цей момент досягається
 вг до описаної мною ситуації — фактично тоді, коли ми

** Т^{ив} 30 к Р^{ема}. Шомло
 ... b, d_n РР-68-70п.
 161d -. РР.39-40

починаємо питати, чи можливе парламентське самогубство, або чи може парламент офіційно передати всі свої права якомусь диктаторові, або чи може парламент прийняти рішення про збереження всіх виданих ним майбутніх законів в тайні від тих, хто має ним підкорятися. Перші два запитання для Дайсі не становлять проблеми; третє, звичайно, він не розглядає, хоча з погляду історичного досвіду воно найменш фантастичне з трьох.

На цьому завершується моя критика деяких теорій права, що їх можна протиставити аналізу, запропонованому в цій книжці. Підсумовуючи свої погляди, можу повторити, ЩО я намагався розглядати право як цілеспрямовану діяльність, пов'язану, як правило, з певними проблемами, які їй доводиться долати, на шляху до своєї мети. На відміну від цього відхилені мною теорії, як мені здається, торкаються цієї діяльності лише з краю і не мають безпосереднього відношення до її проблем. Так, право визначається в них як «існування громадського порядку», а питання, якого типу порядок мається на увазі чи як він досягається, не ставляться. Стверджується, що визначальна прикмета права полягає в засобі (а саме в «силі»), до якого воно, як правило, вдається заради здійснення своїх цілей. Не усвідомлюється, що застосування чи незастосування сили не вирішує найголовніших проблем тих, хто видає та застосовує закони, — воно хіба що підвищує ставки. І, нарешті, є теорії, зосереджені на ієрархічній структурі, яка, згідно з поширеною точкою зору, організує та спрямовує діяльність, названу мною правом, хоча знов-таки не усвідомлюється, що ця структура є продуктом тієї діяльності, яку вона нібито впорядковує.

Тут, я впевнений, знайдуться такі, що, погоджуючись взагалі з моїми запереченнями й неприйняттям деяких поглядів, все ж таки відчуватимуть певний дискомфорт щодо точки зору на право, яку я подав як власну. Поняття права, яке лежить в основі цієї праці, мабуть, здасться їм надто розпливчастим, надто поступливим, застосовним до надто широкого кола випадків³ аби символізувати якийсь особливий спосіб розуміння права. Ці критичні зауваження я розглядатиму незабаром. Але спочатку я хотів би зайнятися однією аналогією, яка може прид³тися для підтримки висунутої тут концепції.

ПОНЯТТЯ НАУКИ

Аналогія, яку я маю на увазі, — це наука, під якою я розумію перш за все те, що називають фізичними та біологічними науками.

Науку також можна розглядати як окремий напрямок людських зусиль, який має свої особливі проблеми й часто виявляє певну типову неспроможність подолати їх. Так само, як є філософія права, існують і філософії науки. Деякі філософи науки, зокрема Майкл Поланьї, досліджують діяльність науковця, намагаючись виявити її справжні цілі, а також практичні методи та інститути, що сприяють їхньому досягненню. Інші в різні винахідливі способи немовби оздоблюють своїми теоріями периферію праці вченого. Зроблений мною короткий огляд літератури показує, що паралелі між правовою та науковою філософіями справді разючі. Холмсове визначення закону як леза, безумовно, досить споріднене з «операційною теорією понять» Бріджмена*. Один із прихильників «наукового емпіризму» рішуче стверджував, що його філософії немає чого сказати про акт наукового відкриття, бо цей акт, мовляв, «не піддається логічному аналізу»**. Одразу пригадується віднесення Кельзеном усіх важливих проблем, пов'язаних зі створенням і тлумаченням законів, до «метаюрідичної» сфери.

Проте я не схильний вдаватися тут до більш детального екскурсу в поточну літературу з філософії науки. Натомість я хочу побудувати три гіпотетичні дефініції науки за моделями, наданими теорією права.

При визначенні науки цілком можливо і навіть цілком звично зосереджуватися на її результатах, а не на діяльності, яка зумовлює ці результати. Так, аналогічно до погляду, що право — це просто «існування громадського порядку», ми можемо стверджувати, що «наука існує тоді, коли люди здатні прогнозувати та контролювати явища природи». Як паралель до погляду, що право характеризується застосуванням сили, ми можемо, як я зазначав, припускати існування теорії науки, що означає її як застосування певних категорій інструментів.

пошуках аналога ієрархічних теорій права ми стикаємося з проблемою, що за винятком тоталітарного контексту нав-
 чи можна вважати науку якимось ієрархічним порядком
 ої влади. Але ми можемо пригадати, що для Кельзена

** R. P. Feynman, *The Logic of Modern Physics* (1949), pp.3-9 і деінде.
 c. c. Henrich, *The Rise of Scientific Philosophy* (1951), p.231.

правова піраміда являє собою не ієрархію людських факторів а ієрархію норм. Тож ґрунтуючись на цій концепції, ми *МОЖ*мо визначити науку як «систематизацію суджень про природу явища у висхідному порядку універсальності».

Не можна сказати, що всі ці погляди хибні. Просто жоден з них не допоможе звичайному громадянину по-справжньому зрозуміти науку та її проблеми. Не стануть вони у пригоді *ц* науковцеві, який захоче з'ясувати для себе цілі науки та інституційні заходи для їхнього досягнення.

Останнім часом існував рух за реформи в науковій освіті зокрема у викладанні загальних курсів наук, призначених для тих, хто не сподівається стати вченим. Раніше в таких курсах пропонувалося щось на зразок панорамного огляду наукових досягнень, доповненого суто теоретичним обговоренням проблем наукових методів, зокрема індукції та верифікації. Курси нового типу намагаються дати студентові уявлення про спосіб, у який науковець шукає нових істин. У курсі, започаткованому Конантом, це робиться за допомогою вивчення історії конкретних випадків. Мета полягає в тому, щоб дати студентові можливість опосередковано пережити акт наукового відкриття. Сподіваються, що в такий спосіб він прийде до певного розуміння «тактики й стратегії науки»*.

Найбільшим досягненням Майкла Поланьї були, мабуть, його теорії стосовно того, що можна в загальних рисах назвати епістемологією наукового відкриття. Що стосується теми даних нарисів, то найпомітніший внесок Поланьї полягає в його концепції наукового заміру**. Він вважає, що цей замір є колективним, спрямованим, зокрема, на пошук інституційних форм і методів, які відповідали б його специфічним цілям і проблемам. Хоча геніальні люди здатні на революційні перевороти в теорії, вони можуть робити це лише на підставі думок, знахідок і помилок своїх попередників і сучасників. У науковій спільноті свобода окремого вченого — це не просто нагода для самоствердження, а й необхідний засіб ефективної організації спільного пошуку наукової істини.¹

Професія науковця має свій особливий етос, свою внутрішню¹⁰ мораль. Як і мораль права, вона за природою вимог, що до неї висуваються, має бути мораллю прагнення, а не обов'язку. Одного прикладу, я гадаю, буде досить, щоб пояснити, чому це так.

* Conant, *Science and Common Sense* (1951).

** Polanyi, *The Logic of Liberty* (1951); *Personal Knowledge* (1958).

Один науковець вважає, що зробив фундаментальне відкриття, яке може стосуватися досліджень інших учених і сприяти їм. Коли йому опублікувати його? Ясна річ, якщо це справді важливе відкриття, він мусить повідомити про нього наукову спільноту, хоча й передбачає, наприклад, таку можливість, що якийсь науковець-суперник здатний зробити на його підставі нове відкриття, яке затьмарить його власне. З іншого боку, він мусить бути впевненим, що дійсно зробив відкриття, бо, поклавшись його надрукувати, він може надати хибного напрямку дослідженням інших і змусити їх до марних витрат часу.

Питання саме такого типу має на увазі Поланьї, коли, скориставшись правовим терміном, говорить про «фідуціарну» ідею науки. Між мораллями науки і права дійсно існує тісний зв'язок. В обох випадках легко розпізнати надмірні відхилення. В обох сферах відданість традиційним способам або збіг власних інтересів з професійною етикою можуть запобігти виникненню будь-яких моральних проблем. Проте обидві моралі можуть інколи виявляти складні й тонкі проблеми, які неможливо вирішити за допомогою простої формули обов'язку. Стосовно цих двох моралей загальний рівень сприйнятливості та поведінки може дуже помітно відрізнятися залежно від країни або соціального середовища в межах однієї країни.

Без певного розуміння тактики й стратегії наукового заміру та його характерного стосу звичайний громадянин, я гадаю, не може скласти свідомої та поінформованої думки щодо таких, наприклад, питань: якою має бути політика держави стосовно науки? У який спосіб найефективніше запроваджувати та заохочувати наукові дослідження в нових державах, що виникають? Якими є прямі та непрямі збитки суспільства, коли ігноруються або вільно трактуються обов'язки наукової моралі? Гадаю, немає потреби ретельно доводити, що всі ці питання мають близьких родичів у сфері права, або ж демонструвати, що правові питання, аналогічні до питань науки, неминуче залишаються без відповіді в будь-якій філософії права, абстрагованій від природи тієї діяльності, яку ми називаємо правом.

ЗАПЕРЕЧЕННЯ ЩОДО ПОДАНОГО ТУТ ПОГЛЯДУ НА ПРАВО

Тепер я звернуся до деяких заперечень, які можна висунути проти дослідження, в якому право трактується як «спроба впорядкувати людську поведінку правилам».

Перший із цих заперечливих аргументів можна було б сформулювати приблизно так: коли про правову систему говорять

як про «спробу», то це означає, що її можна реалізовувати з різною мірою успіху, тобто правова система — це питання міри. Будь-який подібний погляд суперечив би найелементарнішим засновкам правового мислення. Ані норма права, ані правова система не можуть «існувати наполовину».

Моя відповідь на це така. Як правові норми, так і правові системи, безсумнівно, можуть існувати й існують наполовину. Цей стан виникає внаслідок того, що цілеспрямоване зусилля, необхідне для забезпечення їхнього повноцінного існування, було, так би мовити, лише наполовину успішним. Та істина, що це зусилля може мати різну міру успіху, заплутується через умовності звичайної юридичної мови. Ці умовності виникають із похвального бажання уникнути того, щоб у наших мовних звичках закріпилося певне потурання анархії, яке набуває поширення. Мабуть, добре, що в нашій юридичній термінології суддя вважається суддею, хоча про певних конкретних осіб, що займають суддівську посаду, я можу з повним правом сказати колезі-юристові: «Він не суддя». Мовчазні обмеження, які виключають із наших звичайних способів обговорення права визнання недосконалості та відтінків сірості, мають своє місце та призначення. Вони не мають місця або призначення в будь-якій спробі проаналізувати фундаментальні проблеми, які доводиться долати, створюючи та застосовуючи систему правових норм.

У будь-якій іншій складній сфері людської діяльності цілком природно припустити існування різних мір успіху. Якщо я запитаю, чи «існує» освіта в тій чи іншій країні, то відповідь, мабуть, буде приблизно такою (після того як адресат мого запитання дещо отямиться від збентеження, викликаного його формою): «Авжеж, досягнення в цій сфері просто чудові!» або «Так, існує, але лише в зовсім зачатковому вигляді». Так буде з наукою, літературою, шахами, акушерством, обміном думками та похоронними обрядами. Безумовно, можуть виникати суперечки щодо слухних критеріїв оцінки досягнень і, звичайно, будь-яка спроба кількісної оцінки (наприклад, «напівуспіх») мала б вважатися за метафоричну. І все ж таки буде нормально очікувати певних результатів у межах від нуля до теоретичної досконалості.

І лише з правом усе інакше. Просто дивовижно, наскільки сучасне мислення у філософії права пройняте засновком, ш^о право нагадує шматок інертної речовини — воно або є, або його немає. Лише такий засновок міг привести вчених-правознавців до твердження, що, наприклад, «закони», прийняті

нацистами в їхні останні роки, були (якщо розглядати їх як закони й абстрагуватися від їхніх лихих цілей) законами не менше, ніж закони Англії та Швейцарії. Ще гротескнішим проявом цього засновку є думка, згідно з якою на моральний обов'язок доброзвичайного німецького громадянина підкорятися цим законам аж ніяк не впливав той факт, що вони частково приховувалися від нього, що деякі з них заднім числом «підправляли» юридичну сторону масових убивств, що вони передбачали широке делегування адміністративним органам повноважень у переформулюванні встановлених законом складів злочинів й що в будь-якому разі їхній справжній текст значною мірою ігнорувався, коли це було зручно воєнним судам, призначеним застосовувати ці закони*.

Друге можливе заперечення проти викладеного тут погляду полягає в тому, що він припускає можливість існування більш як однієї правової системи для керування одним і тим самим населенням. Відповіддю буде, звичайно, що такі багатоманітні системи існують, і впродовж історії вони були більш поширеними, аніж унітарні системи.

Сьогодні в нашій країні громадянин будь-якого штату є суб'єктом двох різних правових систем: федерального державного врядування та врядування штату. Навіть за відсутності федеральної системи може існувати одна сукупність законів, яка регулює шлюби та розлучення, друга — комерційні стосунки, та ще й третя, що регулює решту, причому всі три системи застосовуються окремо спеціальними судами.

Як у теорії, так і на практиці багатоманітні системи можуть спричиняти певні проблеми. Труднощі першого роду можуть виникати лише в тому випадку, якщо теорія твердо стояла на позиції, що ідея права вимагає чітко визначеної ієрархії влади з вищою законодавчою владою на верхівці, вільною від правових обмежень. Один із способів пристосування цієї теорії до фактів політичного життя — це сказати: хоча може здаватися, що існують три системи — А, В і С, насправді В і С існують лише завдяки правовій толерантності А. Зробивши ще один крок У Цьому напрямку, можна стверджувати: передбачається, що те, що⁰ верховна законна влада дозволяє, вона й наказує, отже те, що⁰ здається трьома системами, насправді становить одну — «з точки зору права».

Практичні труднощі можуть виникати, коли між системами лалося якесь явне непорозуміння через те, що межі їхньої

компетенції не були і, мабуть, не могли бути чітко означені. Один із шляхів вирішення цієї проблеми, яка впливає на розподіл повноважень між федерацією та штатом у федеральній системі, — розгляд і прийняття рішень у спірних питаннях у судовому порядку за умовами писаної конституції. Цей механізм корисний, але не в усіх випадках необхідний. У минулому двійчасті та трійчасті системи функціонували без серйозних непорозумінь, а коли виникали конфлікти, вони часто розв'язувалися за допомогою певних добровільних угод. Так сталося в Англії, коли суди загального права почали вбирати у власну систему численні норми, розроблені судами торгового права хоча це розроблення скінчилося тим, що комерційні суди були врешті-решт витиснуті судами загального права.

Третє можливе критичне зауваження пов'язане з тим самим аргументом, що й друге, але цього разу збільшеним у багато разів. Якщо право розглядається як «спроба підпорядкувати людську поведінку правилам», то ця спроба здійснюється не на двох чи трьох фронтах, а на тисячах. У ній беруть участь ті, хто розробляє й застосовує правила, які регламентують внутрішні справи клубів, церков, шкіл, профспілок, професійних асоціацій, сільськогосподарських ярмарків і сотень інших форм об'єднання людей. Отже, якщо ми збираємося послідовно застосовувати концепцію права, висунуту в цій книжці, то з цього має випливати, що лише в нашій країні існують «правові системи», яких налічується сотні тисяч. Оскільки цей висновок здається абсурдним, то можна сказати, що будь-яка теорія, здатна спричинити такий висновок, має бути так само абсурдною.

Перш ніж спробувати дати якусь загальну відповідь на цю критику, розглянемо гіпотетичний приклад функціонування однієї такої правової системи в мініатюрі. Якийсь коледж приймає та застосовує комплекс внутрішніх університетських правил, які регламентують поведінку студентів у їхніх гуртожитках. Студентській або факультетській раді доручається стежити за порушеннями правил і надається повноваження в разі встановленого порушення вживати дисциплінарних заходів, які в серйозних випадках можуть запроваджувати організаційний еквівалент смертної кари, тобто виключення з університету.

Якщо ми вилучимо зі слова «право» будь-яке співзначення державної могутності чи влади, то назвати це правовою системою не становитиме жодної проблеми. Більше того, соціолог або філософ, який цікавиться в основному державним правом, може через вивчення правил, інститутів і проблем и⁶⁰

го комплексу внутрішнього університетського права досягнути процеси, що відбуваються в праві взагалі. Проте асоціювання слова «право» із законами політичної держави так укорінилося, що з усією серйозністю називати систему університетських правил «правовою системою» означає порушувати правила лінгвістичної доречності. Якби це було нашою єдиною проблемою, ми могли б одразу дійти згоди зі своїми критиками, запропонувавши застереження, що вони можуть розглядати кожний такий слововжиток як метафоричний і скільки завгодно кваліфікувати його за допомогою старовинної лукавої приставки «квазі».

Однак проблема є глибшою. Припустімо, що за такої системи університетських правил рада розглядає справу якогось студента і, визнавши його винним у серйозному порушенні, виключає з коледжу. Студент подає позов і просить, щоб суд дав наказ про його поновлення в правах. Чимало авторитетних джерел вважають, що суд може й повинен визнавати себе компетентним розглядати такі справи, без огляду на те, йдеться в них про приватний чи про державний коледж*.

Як вирішуватиме суд такий випадок? Якщо виключений студент стверджує, що хоча його виключення й відповідало опублікованим правилам, самі правила є надзвичайно несправедливими, то суд може (хоча звичайно робить це неохоче) винести рішення щодо цього предмета суперечки. Якщо ж таке заперечення не висувається, то суд сам звернеться до питання, яке можна сформулювати так: чи дотримувався коледж внутрішньої моралі права при створенні й застосуванні своїх правил? Чи було ці правила у належний спосіб обнародовано? (У даному випадку це означає: чи було студента належним чином попереджено про них?) Чи було їхнє значення досить зрозумілим, аби студент уявляв, які дії з його боку становитимуть порушення? Чи відповідало цим правилам рішення ради? Чи проводилася процедура розслідування у такий спосіб, аби забезпечити обґрунтування висновків опублікованими правилами та ретельним вивченням відповідних фактів?

Незалежно від того, поновить суд студента чи схвалить його виключення, критерії свого рішення він бере з правил коледжу. Якщо для набуття сили закону ці правила потребують дозволу уряду держави, то тепер вони отримали його, оскільки вплив на вирішення спірного питання судом. Як тільки ми виз-

* ~ Н ~ ^ —

^ найкраще загальне трактування див.: «Private Government on
Campus — Judicial Review of University Expulsions», 72 *Yale Law
Journal* 1362-1410 (1963).

наємо, що внутрішні університетські правила дорівнюють вказівкам апеляційного суду, обов'язковим у подальшому розгляді справи як для органів урядування коледжу, так і для судів, ситуація практично майже не відрізняється від тієї, коли апеляційний суд переглядає рішення судді першої інстанції.

То чому ж ми вагаємося схарактеризувати внутрішні університетські правила просто як право? Найлегше відповісти на це, що таке розширення цього слова суперечило б звичному слововжиткові. Тут напрошується запитання, чому звичний слововжиток набув такого вигляду. Я гадаю, відповідь можна знайти за допомогою приблизно таких міркувань: ми інтуїтивно уявляємо, що в таких випадках, як описаний мною, ми стикаємося з тонкими проблемами збереження належної рівноваги функціонування інститутів у нашому суспільстві. Важливість цих проблем стає очевидною, коли справа, винесена на розгляд суду, стосується студента, якого виключили з релігійного навчального закладу за еретичні погляди або з приватної військової дисципліни». Коли розглядаються такі делікатні проблеми, ми вагаємося покласти на терези слово, такою мірою навантажене прихованими значеннями абсолютної могутності та офіційної влади, як слово «право».

Можна схвалювати мотиви, які підказують цю стриманість. Однак я гадаю, що справжнє джерело труднощів міститься у філософіях, які наділили слово «право» співзначеннями, що роблять його непридатним для застосування саме там, де воно найнеобхідніше. Адже в згаданому випадку воно вкрай потрібне. Без нього ми опиняємося перед дилемою: з одного боку, нам заборонено називати правом правила, за якими коледж признає виключення; з іншого боку, в судових рішеннях цим правилам явно надається сила закону. Те, що суди можуть розтрошити надзвичайно несправедливі правила, не відрізняє їх від актів Конгресу, які також можуть бути оголошені нечинними, коли вони порушують конституційні обмеження законодавчої влади. Відмовляючись від терміна «право», ми змушені шукати якогось іншого концептуального захисту для цих правил. Звичайно його знаходять в одному з понять приватного права — договорі. Мовляв, внутрішні університетські правила становлять договір між закладом і студентом, і цей договір визначає права обох сторін •

* Я залишаю тут поза увагою обмежене використання судами поняття власності та закону про дифамацію під час розгляду деяких справ про виключення, зокрема тих, де йшлося про клуби.

Цей «цілком штучний договірний зв'язок»* завдав великого клопоту. Розглядаючи його незручності та недоліки, треба нагадати, що справи, пов'язані з виключенням з навчального закладу- становлять лише маленький зразок з широкої сукупності прецедентів, що стосуються виникнення аналогічних проблем у профспілках, церквах, клубах і безлічі інших інституційних форм. Як засіб розв'язання цього широкого кола проблем поняття договір непридатний у кількох важливих відношеннях. По-перше, він спрямований на засоби судового захисту, недоречні в даному контексті. По-друге, він передбачає, що коли установа чи асоціація вважає це за доцільне, вона може внести до договору умову про своє необмежене право скасування членства. І найважливіше — договірна теорія несумісна з відповідальністю, яка фактично припускається судами в таких випадках. Легко сказати, наприклад, що університетські правила являють собою договір між коледжем і студентом, але як пояснити повагу з боку судів до тлумачення, яке ґрунтують на цих правилах органи врядування коледжу, коли застосовують їх до гаданого порушення? Коли сторони сперечаються щодо значення договору, ми звичайно не покладаємося на його тлумачення однією з них, а оцінюємо обидва тлумачення об'єктивно. Ці та інші труднощі можна усунути, припустивши, що відповідний договір є цілком особливим, у якому всі необхідні відхилення від звичайного договірного права треба вважати результатом мовчазного наміру сторін. Але тоді цей «договір» стає просто фікцією, зручною вішалкою, на яку можна вішати будь-який результат, що вважатиметься доречним для даної ситуації.

Аргумент проти договірної теорії полягає в тому, що вона, як і кожна юридична фікція, має тенденцію заплутувати реальні проблеми, пов'язані з даним питанням, і відстрочує безпосереднє зіткнення з ними. Я стверджую, що розглянута мною сукупність правових норм по суті є однією з галузей конституційного права^{ва}, яка в широкому масштабі й належним чином розвивається поза рамками нашої писаної конституції. Саме в конституційному^п Раві вона передбачає розподіл поміж різних інститутів нашого^с Успільства юридичних повноважень, тобто права встановлювати норми й приймати рішення, які вважатимуться дійсно обов'язковими для тих, кого вони стосуються. Те, що цей комплекс інституційного права мав виникнути поза нашими писаними

Cloyd, «Disqualifications Imposed by Trade Associations — Jurisdiction^{ot} Court and Natural Justice», 21 *Modern Law Review* 661, p.668 (1958).

конституціями, не повинно викликати стурбованості. Автори проектів наших перших писаних конституцій не могли передбачити того бурхливого інституційного розвитку, який відбувся з того часу. Крім того, інтелектуальний клімат кінця XVIII сторіччя утруднював розпізнання центрів влади, які виникають внаслідок створювання людьми добровільних асоціацій*. Враховуючи ці міркування, наявність у нас комплексу неписаного конституційного права має непокоїти нас не більше, ніж британців турбує виявлення того факту, що з прийняттям Вестмінстерського статуту 1931 р. вони здобули рудименти писаної конституції, які спокійно існували всередині їхньої неписаної конституції.

Намагаючись зрозуміти право з погляду діяльності, яка його підтримує, а не лише враховувати офіційні джерела його повноважень, інколи застосовують слововжиток, який суперечить тому, чого ми звичайно очікуємо від мови. Цю незручність, я гадаю, може компенсувати здатність такого погляду допомогти нам усвідомити суттєві схожості, зрозуміти те, що недосконалі правові системи якоїсь профспілки чи університету часто можуть впливати на життя людини більше, ніж будь-яке рішення суду. З іншого боку, він може також допомогти нам уявити, що всі правові системи, великі й малі, схильні до однакових дефектів. У всякому разі жодне досягнення права не може випередити розумових здібностей тих людей, які ним керують. Судовий контроль за дисциплінарними заходами різних установ виконує свою найочевиднішу функцію, коли виправляє обурливу несправедливість; зрештою, найбільша користь, якої від нього можна сподіватися, — це створення в установах і асоціаціях атмосфери, яка зробить його непотрібним**.

Тепер я переходжу до четвертого (і, наскільки мені відомо, останнього) критичного зауваження, яке можна зробити на адресу викладеної тут точки зору. Воно стосується недостатнього розрізнення між правом і мораллю. Мораль також зацікавлена в контролюванні людської поведінки за допомогою правил. Вона також зацікавлена й у тому, аби ці правила були

* Wyzanski, «The Open Window and the Open Door», 35 *California Law Review* 336-351, pp.341-345 (1947).

** Загальний огляд цієї судової процедури, рівнозначний короткій монографії, див.: «Developments in the Law — Judicial Contr^o of Actions of Private Associations», 76 *Harvard Law Review* 983-1100 (1963). Найкращим загальним вступом до теми залишається дуже добре написана стаття Chafee, «The Internal Affairs^o of Associations Not for Profit», 43 *Harvard Law Review* 993 (1930)-

чіткими, узгодженими одне з одним і зрозумілими для тих, хто має ним підкорятися. Погляд, який нібито визнає за характерну ознаку права сукупність спільних з мораллю турбот, провокує закид у нехтуванні однією суттєвою відмінністю.

У цій критиці, як мені здається, приховано кілька різних спірних питань. Одне з них виникає, коли ми, зіткнувшись з якоюсь системою правових норм, запитуємо: має ця система як одне ціле називатися правовою чи моральною? Єдина відповідь на це питання, на яку я тут насмілюся, міститься в слові «спрога» — коли я стверджував, що право, якщо розглядати його як один із напрямків свідомих людських зусиль, полягає у «спробі підпорядкувати людську поведінку правилам».

Можна уявити собі якусь невеличку групу людей, переселену, скажімо, на якийсь тропічний острів; ці люди успішно живуть разом, керуючись лише певними спільними нормами поведінки, виробленими в різні непрямі й неофіційні способи в процесі здобуття досвіду та освіти. Те, що можна назвати правовим досвідом, можливо, вперше з'являється в такому суспільстві, коли воно обирає комітет для розробки проекту авторитетного формулювання прийнятих норм поведінки. Такий комітет опинився б у ситуації вимушеної необхідності вдатися до правової діяльності. Суперечності в нормах, до того приховані й залишені поза увагою, треба було б роз'яснити. Усвідомлюючи, що їхнє роз'яснення неможливе без певної зміни сенсу, комітет мав би зацікавитися можливою суворістю ретроспективного застосування сформульованих ним норм. Оскільки суспільство поступово набувало б інших звичних інструментів правової системи, таких як судді та законодавче зібрання, воно все більше заглиблювалося б у правову діяльність. Або ж замість того щоб почати зі спроби скласти авторитетне формулювання правил, це суспільство могло спочатку призначити когось на посаду судді. Мені здається, що нічого не залежить від конкретного способу, в який члени суспільства вдаються до того, що я назвав правовою «спробою» або «ініціативою».

Хоча можна стверджувати, що право та мораль мають певні спільні турботи — наприклад, щодо чіткості правил, — правова система створюється саме тоді, коли ці турботи все більше стають об'єктами позитивно висловленої відповідальності. Універсальність, наприклад, вважається в моралі доведеною, і її навряд чи можна назвати проблемою. Проте вона стає проблемою, ^{РД} ^{Т.ГО} ^ж нагальною, коли суддя присуджує людину до ув'язнення ^и не може знайти способу висловити якийсь універсальний ^и НЦип, що міг би пояснити чи обґрунтувати його рішення.

Ці зауваження, щоправда, залишають невизначеним той момент, коли точно можна сказати, що правова система має виникнути. Я не бачу підстави говорити про чорне та біле там, де дійсність являє собою відтінки сірого. Безперечно, немає сенсу нав'язувати в цій ситуації примусово якусь дефініцію наприклад, стверджувати, що ми вважатимемо право існуючим лише там, де є суди.

Щойно розглянуте нами питання не становить великого практичного інтересу, хоча й часто обговорюється в літературі з правознавства. Складною проблемою тут є скоріше визначення дійсних стосунків між безперечно запровадженою й функціонуючою правовою системою, з одного боку, та універсальними моральними критеріями — з іншого. Я не думаю, що при розв'язанні цієї проблеми можна сказати, нібито висловлена в цій книжці точка зору в будь-якому сенсі заплутує чи викривлює суттєві питання. Навпаки, я стверджую, що розрізнення між зовнішньою та внутрішньою мораллю права може дати корисне роз'яснення. Візьмемо, наприклад, проблеми, з якими може зіткнутися суддя під час тлумачення якогось закону. Коли йдеться про зовнішні цілі закону, службова етика судді вимагає, аби він залишався, наскільки дозволяють людські можливості, нейтральним щодо моральних поглядів, які можуть бути висловлені в законі стосовно таких питань, як розлучення, контрацепція, азартні ігри або реквізування приватної власності для громадського користування.

Але ті самі міркування, що диктують необхідність нейтрального ставлення до зовнішніх цілей закону, вимагають від судді твердого дотримання принципів внутрішньої моралі закону. Було б, наприклад, зреченням своїх посадових обов'язків, якби суддя мав зайняти нейтральну позицію між тлумаченням якого-небудь закону, яке зробило би підкорення йому можливим для звичайного громадянина, та тлумаченням, яке б унеможливило дотримання умов закону.

Розрізнення між зовнішньою та внутрішньою мораллю права є, звичайно, інструментом аналізу, і його не слід розглядати як заміну винесення судового рішення. Я всіляко намагався показати, що вздовж усього діапазону цих двох моралей у різних сферах правозастосування може виникати певна середня зона, в якій вони частково збігаються*. У будь-якому разі, ці дві моралі взаємодіють у способи, які я аналізуватиму в остан

* Див., зокрема, обговорення проблем універсальності (с.49-52¹ 150—151), суперечностей (с.67-71) та можливості підкорятися (с.°

му розділі своєї книжки*. Зараз досить зазначити, що суд-
який опиняється перед двома однаково ймовірними тлума-
ченнями закону, власне, може віддати перевагу тому, яке за-
безпечує відповідність його тексту загальновизнаним принципам
добра та зла. Хоча цей результат може ґрунтуватися на гада-
ному намірі законодавця, достатньою підставою для нього може
бути й те, що таке тлумачення менш імовірно зробить із зако-
ну пастку для безвинного, а відтак ця проблема переноситься
до сфери міркувань, пов'язаних із внутрішньою моральністю
закону.

Не вшухають дискусії довколо проблеми «запровадження
моральних засад у законодавчому порядку». Останнім часом
жваво обговорювалося належне ставлення закону до сексуаль-
ної поведінки, зокрема, до гомосексуальної практики**. Сказа-
ти правду, я вважаю, що ця дискусія цілком непереконлива з
обох боків і ґрунтується, так би мовити, на відправних заснов-
ках, не до кінця сформульованих у самій дискусії. Проте я міг
би впевнено стверджувати, що закон не повинен криміналізувати
приватні гомосексуальні стосунки, до яких вдаються дорослі
люди за взаємною згодою. Підставою для такого висновку було
б те, що жоден такий закон просто не можна забезпечити пра-
вовою санкцією і його існування на папері відверто сприяло б
шантажу, отже, між текстом закону та його застосуванням на
практиці існувала б величезна розбіжність. Я гадаю, що багато
споріднених проблем можна розв'язати схожим способом без
необхідності доходити згоди у порушених суттєвих моральних
питаннях.

«КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА» ХАРТА

Досі я залишав поза увагою нову важливу книгу, в якій я
запозичив назву для цього розділу. «Концепція права»***
^•Л-А.Харта, безперечно, являє собою такий внесок до право-
знавчої літератури, якого ми вже давно не мали. Це не збірка
нарисів у вигляді книги. Це й не підручник у звичному розумінні
Нього слова. Книга є спробою автора коротко викласти власні
Р'Шення головних проблем правознавства.

Л Див. с. 148-159.

P-A.Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959), *Law and Morals* (1961);

*** f'Л-А.Hart, *Law, Liberty and Morality* (1963).

"• L.A.Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961.

Багато в чому ця книжка є неперевершеною. Вона дуже добре написана та сповнена блискучих резюме. З неї я багато про що довідався. Проте з її фундаментальним аналізом концепції права я майже повністю не згоден.

В останньому розділі своєї книжки я зроблю певний критичний коментар трактування, яке Харт узгоджує з тим, що я назвав внутрішньою мораллю права. У короткому викладенні висунуті мною критичні зауваження стосуються того, що весь аналіз Харта побудований на точці зору, яка систематично виключає будь-який розгляд проблем, що їх я намагався проаналізувати в другому розділі.

У цьому контексті я сперечаюся з «правилом визнання» — ідеєю, яку Харт, здається, вважає центральною темою своєї книги та її головним внеском. Розвиваючи цю ідею, Харт починає з розрізнення між правилами, що встановлюють обов'язки, й правилами, які надають юридичні права. Це не викликає заперечень. Таке розрізнення є звичним, особливо в нашій країні, де воно стало наріжним каменем Хофелдового аналізу*. Ясна річ, існує важлива відмінність між правилом, яке наказує: «Не вбий», і правилом, у якому говориться: «Якщо ви хочете скласти юридично чинний заповіт, викладіть його письмово та підпишіть у присутності трьох свідків».

Треба зауважити, що це розрізнення інколи вносить корисну ясність, але уможливляються зловживання ним у такий спосіб, що майже безнадійно заплутує найпростіші питання. У деяких працях, побудованих на основі Хофелдового аналізу, тому є чимало доказів.

Приховані в цьому розрізненні двозначності я хочу коротко проілюструвати на двох прикладах. У першому випадку ми поставимо перед собою проблему визначення категорії права, яке говорить: «Якщо довірчий власник сплатив із власної кишені витрати, які, власне кажучи, підлягають оплаті за раху-

* Див.: Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923). Найкращим вступом до хофелдової системи є Corbin, «Legal Analysis and Terminology»-29 *Yale Law Journal* 163-173 (1919). Аналіз Хофелда розрізняє чотири головних типи правовідносин: право — обов'язок, відсутність права — привілей, правомочність — відповідальність і недієздатність — недоторканість. Проте друге та четверте є просто запереченнями першого й третього. Відповідно головна відмінність^{аТ} на якій побудована вся система, — це різниця між правом—обов'язком і правомочністю — відповідальністю; це розрізнення точн^е збігається з тим, якого дотримується Харт.

чок майна, що є предметом довірчої власності, він має право компенсувати собі ці витрати із довірчих коштів, якими володіє». Зживання тут слова «право» передбачає відповідний обов'язок з боку особи, в інтересах якої здійснюється довірча власність, проте довірчий власник не має потреби примусово забезпечувати виконання цього обов'язку; вдавшись до одного із законних різновидів самопомоги, він просто здійснює юридично чинний переказ коштів з довірчого фонду на власний рахунок. Отже, ми можемо зробити висновок, що маємо тут справу з правилом надання повноважень, а не з правилом встановлення обов'язку. Але припустимо, що документ, який створює довірчу власність, надає бенефіціарію, у свою чергу, право після досягнення повноліття здійснювати переказ довірчої власності безпосередньо собі. Припустимо далі, що бенефіціарій реалізує це право, перш ніж довірчий власник матиме шанс компенсувати свої витрати з довірчого фонду. Ясно, що тепер бенефіціарій має юридичний обов'язок відшкодувати витрати довірчого власника. Проте головний принцип в обох випадках один, а саме: довірчий власник має право на компенсацію за рахунок бенефіціарія; надається йому право, так би мовити, самопомоги чи право проти бенефіціарія (з відповідним обов'язком) — це вже питання найзручнішого способу досягнення результату.

Другий приклад пов'язаний з добре відомим правилом, що стосується зменшення суми стягуваних збитків. А та В укладають договір, за яким А має побудувати для В машину за спеціальним проектом, а В — заплатити А 10 тисяч доларів після закінчення роботи. Після того як А починає працювати над машиною, В розриває договір. Безсумнівно, В несе відповідальність за збитки, до яких зараховується компенсація коштів, витрачених А до моменту розірвання договору, а також прибуток, який А міг би мати від усієї роботи. Вирішальним питанням є: чи може А не брати до уваги відмову В від договору, продовжити роботу над машиною і після її закінчення стягнути повну ціну? За законом він не може покласти на В жодних витрат, яких зазнав під час виконання договору, після того як

Розірвав його; незалежно від того, продовжує він роботу чи ні,³¹ Розмір його стягнення дорівнює сумі, на яку він мав би право, припинивши роботу після відмови В від контракту. Суди, правило, висловлюють цю ідею таким чином, що в разі рвання договору А має «обов'язок зменшити суму стягуваних збитків», припинивши роботу над машиною; мається на
³¹ > **Що** він не може стягувати витрат, яких зазнав після Рушення цього обов'язку.

Цю точку зору суворо критикували за затемнювання відмінності між правилами, які встановлюють обов'язки, та правилами, які надають або відбирають законні права. Якщо А нерозважливо продовжує працювати над машиною після відмови В від договору¹ В не має підстав для позову проти А, щоб примусити його до виконання будь-якого «обов'язку». Єдина санкція, яку має цей так званий обов'язок, полягає в тому, що в разі продовження роботи А не може стягнути з В пов'язаних з цим витрат. До розірвання договору А мав юридичне право, згідно з яким він продовжуючи роботу, день за днем збільшував потенційне зобов'язання перед ним з боку В. Тепер він утратив це право. Цю ситуацію можна порівняти з тією, до якої спричинилося прийняття Закону про шахрайство. До нього люди мали право укладати обов'язкові договори усно; після прийняття закону це право відносно деяких категорій договорів було скасовано. Такою є аргументація, що ґрунтується на Хофелдовому аналізі*.

Ця аргументація здається цілком переконливою, доки ми не замислимося над тим, що в таких випадках, як цей із машиною, суд починає з припущення, що А мав припинити роботу, бо, продовжуючи її, він марно витрачає свої та суспільні ресурси на те, в чому більше немає потреби. Саме це має на увазі суд, коли стверджує, що А зобов'язаний зменшити стягнення. Для В не існує жодної підстави позивати в суді за порушення цього обов'язку: оскільки він не повинен платити за роботу, виконану після розірвання договору, то продовження роботи з боку А не завдає особисто йому жодних збитків. З іншого боку, в Законі про шахрайство не говориться, що люди мають укладати свої договори письмово; там просто зазначається: якщо певні договори залишаються в усній формі, для їхнього виконання не застосовується законний примус. Сторони договору, обізнані з умовами цього закону, можуть свідомо утримуватися від складання письмового меморандуму, щоб зберегти за своїм договором статус «джентльменської угоди».

Те, що було названо «санкцією нечинності», у випадках з машиною та з Законом про шахрайство використовується д^ля досягнення зовсім різних цілей. В одному випадку вона застосовується для того, щоб, так би мовити, примусити А робити те, що слід, через припинення його оплати; в іншому — •^{ал}. забезпечення здійснення права укладати юридично обов'язкову договори за обставин, що захищатимуть від шахрайства безпам'ятності.

* 5 Corbin, *Contracts*, par. 1039, 205-207 (1951).

Тут неможливо належно розглянути численні проблеми, які можуть виникнути з розрізнення між правилами, що встановлюють обов'язки, та правилами, що надають права, особливо коли йдеться про аргументи, здобуті з аналогій. Проте навіть із поданого тут схематичного викладу стає зрозуміло, що для застосування цього розрізнення існують два різних критерії. Один із них з'ясовує підставовий намір законодавця, інший — правовий механізм, за допомогою якого досягається мета даного правила. Неспроможність збагнути, що це — різні критерії, позначилася на багатьох спробах надати дослідженню Хофелда практичного значення*. З іншого боку, якщо хтось намагається побачити за юридичними формами підставовий намір, ця відмінність втрачає велику частку своєї привабливості й навряд чи виконує ту широку повчальну функцію, якої сподівалися від неї прихильники Хофелда. Невтішливий досвід із Хофелдовим аналізом порівняно з ентузіазмом, з яким його спочатку вітали, примушує мене з певним скептицизмом ставитися до думки, нібито запропоноване Хартом розрізнення є «найпотужнішим знаряддям аналізу великої частини того, над чим сушили голову юристи й політологи» (*The Concept of Law*, p.95).

Ці сумніви наближаються майже до впевненості, коли ми переходимо до Хартового «правила визнання». Дозвольте мені викласти своє розуміння значення цього правила за допомогою однієї ілюстрації, можливо, спрощеної до гротеску. В одній маленькій країні править король Рекс. У цій країні існує одна-стайна згода з тим, що найвища законна влада належить Рексові. Для того щоб це стало зовсім зрозуміло, можна уявити собі, що кожний дорослий громадянин охоче й широко підписує таку заяву: «Я визнаю в Рексові єдине й абсолютне джерело права
в моїй країні».

Тепер очевидно, що в королівстві Рекса існує схвалене правило, згідно з яким його слово стосовно того, що вважати законом, є вирішальним і остаточним. Харт пропонує називати
" це «правилом визнання». Безумовно, ця пропозиція не викликає заперечень. Проте Харт іде далі й наполягає на тому, і ми застосовували до цього правила розмежування між правилами, які надають права, та правилами, які встановлюють
б обов'язки. Правило визнання, заявляє він, треба розгля-

*~0 • —

Дним із відомих прикладів є Cook, «The Utility of Jurisprudence in Solution of Legal Problems». Ця стаття з'явилася в 5 *Lectures on Legal Topics* 337-390 (1928), опублікованих Адвокатською асоціацією Нью-Йорка.

дати як правило, що надає повноваження. Це знов-таки здається майже трюїзмом.

Проте Харт нібито вкладає в цю характеристику ще одну ідею: це правило не може містити явної чи прихованої умови позбавлення наданих ним повноважень у разі зловживання ними. Той, хто зацікавлений запобігти анархічним тенденціям, може щось сказати на користь цієї ідеї, і Гоббс насправді сказав щодо цього дуже багато. Але Харт, здається, вважає, що⁰ треба мислити логічно. Якщо людина має рішучий намір зберегти чітке розмежування між правилами, що встановлюють обов'язки, та правилами, що надають повноваження, є підстави сумувати з приводу будь-якого натяку на можливість позбавлення законодавчих повноважень, наданих колись правилом визнання. Якби Рекс почав приховувати свої закони від тих, хто юридично зобов'язаний підкорятися ним, і за це його позбавили корони, то було б, мабуть, цілком безглуздо питати, був він скинутий через те, що порушив гаданий обов'язок, чи через те, що, *переступивши* конклюдентні межі своєї влади, був автоматично позбавлений своєї посади, тобто став об'єктом «санкції юридичної нечинності». Інакше кажучи, правило, яке надає повноваження та передбачає, явно чи неявно, можливість позбавлення цього повноваження за зловживання, презентує у своєму застереженні умову, яка робить двозначною, компромісною відмінність тих правил, що встановлюють обов'язки, від тих, що надають повноваження.

Отже, якщо Харт хоче зберегти своє ключове розрізнення, він змушений припустити, що законодавчих повноважень не можна позбавити у законний спосіб. Мені здається, що в усьому своєму аналізі правила визнання Харт потрапив у відому пастку, яка, власне кажучи, у сфері юриспруденції загрожує всім нам. Він застосовує до відношень, які створюють і підтримують правову систему, юридичні характеристики, які при такому застосуванні не можуть мати жодного сенсу. Немає сумніву, що первинна опора правової системи пов'язана з відчуттям того, що ця система є «правильною». Проте це відчуття, яке насправді походить від мовчазних сподівань і схвалення, просто не можна висловити в таких термінах, як «зобов'язання» та «правоздатність».

Уявімо собі, скориставшись відомим прикладом з Вітгенштейна, матір, яка, збираючись до театру, каже своїй находжій няні: «Коли я піду, навчіть моїх дітей якійсь грі». Няня вчить дітей грати в кості на гроші або битися на кухонних ножах. Чи мусить мати, перш ніж винести рішення про такі дії, спитати

себе: порушила няня мовчазне договірне зобов'язання чи просто перевищила свої повноваження? Я гадаю, це питання цікавило б її не більше, ніж те, яке порушує сам Вітгенштейн: чи може вона впевнено сказати, що не мала на увазі подібних ігор, якщо навіть не вважала можливим, що її дітей вчитимуть такій грі? У людських стосунках існують деякі наслідки, надто абсурдні, аби їх заздалегідь свідомо виключати. Так було б, принаймні за сучасної доби, якби якийсь парламент забув, що його визнана функція полягає, врешті-решт, у створенні законів, і почав діяти так, немовби дістав повноваження рятувати душі чи проголошувати наукові істини. А якщо сподівання та схвалення, на яких ґрунтуються парламентські повноваження, обмежують їх законотворчістю, то чи не спричинює це автоматично подальших обмежень? Хіба не припускається, наприклад, що парламент не зчинить гульті, розуміючи, що ті його члени, хто опівночі ще триматиметься на ногах, матимуть право законодавствувати? І чи скажемо ми забагато, стверджуючи, що автоматично припускається, що парламент не ховатиме своїх законодавчих актів від тих, хто зобов'язаний підкорятися ним, або не викладатиме своїх законів навмисно незрозумілою мовою?

Харт твердо вирішив урятувати поняття закону від ототожнення з правом на примус. Правова система, стверджує він, має інший масштаб, аніж «ситуація з озброєним бандитом». Але якщо правило визнання має на увазі, що все, що уповноважений законодавець назве законом, вважається законом, то становище громадян у певному сенсі є гіршим, аніж становище жертви бандита. Коли бандит говорить: «Гроші або життя», то, безумовно, очікується, що, отримавши від мене гроші, він збереже мені життя. Якщо він бере мого гаманця, а потім пристрілює мене, то його поведінку засудять, мабуть, не лише моралісти, а й справедливо мислячі розбійники. У цьому сенсі навіть «беззастережна капітуляція» насправді не є беззастережною, бо той, хто капітулює, має бути впевнений, що не міняє швидкої смерті на повільні тортури.

Власне розрізнення Харта між *«ситуацією з бандитом»* і правовою системою (с.20-25) не містить натяку на будь-який елемент конклюдентної взаємності, а проводиться цілковито з Формально-структурної точки зору. Бандит погрожує в конкретній ситуації, віч-на-віч; закон, як правило, висловлюється У формі сталих і загальних наказів, які можуть бути обнародовані, але не відбивають безпосереднього зв'язку між законодавцем і підданим. Діяти через загальні правила — це «стан-

дартний спосіб функціонування права, хоча б тому, що жодне суспільство не могло б утримувати посадових осіб у кількості необхідній для забезпечення офіційного й окремого інформування кожного члена суспільства про кожну дію, виконання якої від нього вимагають» (с.21). Кожний крок у цьому дослідженні здається нібито призначеним для того, щоб виключити ідею можливості порушення законодавцем будь-якого правомірного сподівання з боку громадянина.

Я не намагатимуся детально простежити застосування Хартом правила визнання до складної, конституційної демократії. Досить сказати, що він припускає існування в цьому випадку не одного правила визнання, а комплексу правил, усталених звичаїв та умовностей, які визначають спосіб обиравання законодавців, кваліфікацію та юрисдикцію суддів і всі пов'язані з цим питання, які впливають на визначення в тому чи іншому випадку, що вважати правом, а що ні (с.59, 75, 242 та ін). Харт припускає також, «що багато звичайних громадян — можливо, більшість — не має загального уявлення про правову структуру або про її критерії юридичної чинності» (с.111). І нарешті, він припускає, що не завжди можливо чітко розмежувати звичайні норми права й ті норми, що надають законодавчі повноваження (с.144). Проте він, здається, наполягає, незважаючи на всі ці поступки, на тому, що те правило визнання, яке приписує правовий суверенітет «королеві в парламенті», може якимось чином підсумовувати й поглинати всі ті дрібні норми, які дозволяють законодавцям розпізнавати право в сотні різних конкретних контекстів. Далі Харт нібито стверджує, що такий погляд на дане питання не є ані юридичним тлумаченням, нав'язаним іззовні, ані виразом віри в політичну спроможність парламенту розв'язувати будь-які можливі конфлікти всередині системи, а скоріше чимось таким, що можна довести емпірично у повсякденній діяльності уряду.

Мені важко зрозуміти, як це може бути. «Парламент» — це, врешті-решт, лише назва інституту, характер якого докорінно змінювався протягом сторіч. Пам'ять про одну з таких змін зберігається в поблажливій фікції, згідно з якою в Британії навіть сьогодні говориться про законотворчість не парламенту, а «королеви в парламенті». Вважати, що якесь правило визнання вказує на те, що постійно змінюється, на мою думку, майже дорівнює твердженню, нібито в якійсь країні правило визнання завжди надавало вищі законодавчі повноваження «великому Х», де Х протягом одного десятиріччя означав обрану посадову особу, протягом наступного — старшого син*

останнього Х, а протягом третього — тріумвірат, обраний жеребкуванням з представників армії, церкви та профспілки робітників.

Отже, у викладенні Харта виявляється, що вказівний па-
лець, який правило визнання спрямовує на джерело права, може
описувати широку дугу, не втрачаючи своєї цілі. Наскільки
широкою може ставати ця дуга? Не шукати надто точної
відповіді на це запитання, є, мабуть, справою політичної
розважливості. Вивчаючи минуле якоїсь країни, добре бачити
безперервність навіть там, де сучасники бачили революції. Але
коли правило визнання використовується як «потужне знаряд-
дя аналізу», то суттєво важливо усвідомити: коли існує щось,
на що воно може вказувати, й коли це щось змінилося з А на
цілком відмінне В.

Одна засаднича методична помилка, я гадаю, поширюється
на все Хартове тлумачення правила визнання. Він увесь час
намагається за допомогою цього правила дати точні юридичні
відповіді на питання, які по суті є питаннями соціологічного
факту. Таке хибне застосування цього правила найочевидніше
виявляється в обговоренні того, що Харт називає проблемою
«інерції права» (с.60-64).

Абсолютний монарх король Рекс V успадковує трон після
смерті свого батька, Рекса IV. Незважаючи на цю зміну суб'єк-
тивного джерела права, всі вважають, що закони, видані Рексом
IV, продовжують існувати й залишаються незмінними, доки Рекс
V не оголосить про внесення до них тієї чи іншої зміни. Саме
цей соціологічний факт Харт намагається пояснити. Більш як
півтора сторіччя тому його описав Порталіс: «Досвід показує,
Що людям легше змінити владу, ніж закони»*.

Пояснення Хартом цього досвідного факту полягає в тому,
Що правило визнання вказує не на людину, а на посаду, й саме
містить норми законного успадкування. Так само ми спроможні,
На думку Харта, пояснити, чому якийсь закон, прийнятий пар-
ламентом у 1735 р., може все ще зберігати чинність у 1944.

Але припустимо, що в нашому гіпотетичному випадку на-
Ступником Рекса IV стає не його син Рекс V, а Брут I, який
виганяє Рекса IV з трону, не маючи жодного права на
^итул і відверто порушуючи прийняті правила успадкування.
и можемо ми стверджувати, що неодмінним наслідком цієї
По-Дн буде втрата чинності всіх попередніх сфер права, в тому

Portalis, «Discours preliminaires», in Loche, *La legislation de la France*
(1827), p.251.

числі речового, договірною та шлюбного? На такий результат претендує Хартове дослідження, проте він суперечить історичному досвіду. У цьому випадку Харт мав би застосувати, мабуть, якийсь аргумент на зразок того, що Брут I не сказав нічого з цього приводу, а відтак автоматично повторно встановив у законодавчому порядку попередні закони, — той самий аргумент, який Харт сам критикує у Гоббса, Беніама та Остіна і який дослідження Харта має зробити непотрібним.

Можливо, є певна іронія в тому, що старомодний, воєнний, а не ідеологічний державний переворот являє собою найяснішу модель зміни в «правилі визнання», однак може становити найменшу загрозу «інерції права». Сучасна ідеологічна революція, яка прокладає собі шлях до влади, маніпулюючи правовими формами, є саме тим видом змін, який є найімовірнішою підставою для сумнівів у збереженні чинності попередніх законів (наприклад, про звільнення церков від оподаткування). Як обґрунтування інерції права правило визнання схилиє терези в цілком хибному напрямку.

Так само невдало правило визнання застосовується, як мені здається, коли Харт намагається використати його для того, щоб пояснити, як і коли примітивне суспільство робить «крок з доправового у правовий світ» (с.41). Суспільство, яке живе в доправовому світі, знає лише первинні правила зобов'язання, тобто правила, що встановлюють обов'язки (с.89). Така система правил є неповноцінною з ряду причин: вона не забезпечує механізму для подання сумнівів і суперечностей або для здійснення свідомих змін; ефективність її норм залежить від розпорошених проявів соціального тиску (с.90-91). Перехід до «правового світу» відбувається, коли суспільство збагне та застосує до своїх справ ідею, що якась норма може надавати право створювати або змінювати обов'язкові правила (с.61)- Це відкриття «є кроком уперед, не менш важливим для суспільства, ніж винайдення колеса» (с.41).

Тепер мені здається, що ця, по суті остінова, концепція являє собою знов-таки хибне застосування юридичних розмежувань до контексту, який навряд чи їх підтвердить. По-перше^с, ясно, що в суспільстві, де поширена віра в магію й де до природи звертаються за допомогою певної формули, не може бути чіткого розрізнення між «природними» та «юридичними» правами. Харизматичний законодавець не уповноважений видавати закони жодним створеним людиною правилом визнання. Влада, якою він користується в суспільстві, скоріше походить від віри в те, що він має якусь особливу здатність виявляти¹¹

«Голошувати закони». Якщо ми й можемо говорити про виникнення чогось на зразок ясно висловленого правила визнання, то це відбувалося протягом століть і було пов'язане з поступовим переходом від поняття повноважень як атрибуту конкретної особи до повноважень, які надаються призначеною соціальною роллю. Задовго до завершення цього переходу ми залишили позад себе все, що можна було б назвати примітивним станом суспільства. Насправді можна сказати, що цей перехід ніколи не гарантований від повернення до більш примітивних понять. Культ особистості певною мірою завжди залишається з нами.

Крім того, сумнівно, чи домінувало над примітивним суспільством щось схоже на сучасну концепцію обов'язку. Принаймні спірно, що з-поміж сили та обов'язку сила становить більш примітивну концепцію. Те, що ми сьогодні назвали б «покаранням», у примітивному суспільстві майже повсюдно набувало форми прояву магічних сил щодо правопорушника з метою звільнити спільноту від нечистості. Таке саме очищення відбувалося широким застосуванням остракізму. Замість якогось узагальненого поняття обов'язку ми бачимо дії, які є дозволеними та Недозволеними, належними та неналежними, *fas et nefas*. Перші зразки судочинства часто мали вигляд не судового визначення провини, а ритуалістичної самодопомоги. Кожний злочин потребував окремого, спеціально призначеного засобу виправлення. Про появу узагальненої концепції обов'язку можна, мабуть, говорити лише тоді, коли є кілька засобів судового захисту за порушення одного обов'язку або кілька обов'язків, виконання яких можна забезпечити за допомогою одного засобу судового захисту. Доки наслідки злочину ототожнюватимуться з офіційними заходами, необхідними для його виправлення, ми, очевидно, матимемо справу не стільки з поняттям обов'язку, скільки з поняттям сили.

Буде доречно перевірити гіпотезу Харта стосовно переходу До «правового світу», порівнявши її з фактичним досвідом якогось первісного народу, який здійснює цей перехід за сучасної доби. Ми розглянемо досвід народу манус з островів Адміралтейства, про який розповіла Маргарет Мід**.

Див. Weber, *Law in Economy and Society*, trans. Shils and Rheinstein (1954), pp.73-82. Гідне уваги також прийняте в китайській філософії Розрізнення між владою людей і владою законів, оскільки воно може певною мірою нейтралізувати наполягання Вебера на національному характері «харизми». Див.: Escarra, *Ledroit chinois* (1936),

^ Pp.7-57.

Mead, *New Lives for Old* (1956). Цитати в тексті взяті зі с.306 і 307.

Після другої світової війни народ манус довідався від своїх австралійських губернаторів про спосіб розв'язання суперечок, раніше йому не відомий. Це була процедура розгляду спорів у суді. Їхні власні методи улагодження конфліктів були надзвичайно незадовільними, бо складалися з «кривавої помсти, набігів і наступних нетривких церемоній примирення нерідко з покутними платежами». Тепер вони почали розуміти, що суперечку можна улагодити, передавши її на розгляд безстороннього арбітра. Після цього сталося справжнє схиблення на судовому вирішенні суперечок, під час якого їхнім старійшинам призначалася (або бралася ними на себе) цілком незвична соціальна роль — роль суддів. Цікаво, що виконувалося у такий спосіб правосуддя було чимось на зразок контрабандного товару, бо для австралійських губернаторів ці «судді» не мали законного статусу, їхні повноваження не підтримувалися жодним правилом визнання, за винятком цілком неофіційного й мінливого правила, прийнятого серед самого народу манус.

Ставлення тубільців до цього нововведення М.Мід описує так:

«Для корінного жителя Нової Гвінеї, щойно натхненного бажанням зробити своє суспільство «добропорядним», уся ця правова система має свіжий і гарний вигляд. Він вважає її великим винаходом, не менш дивовижним, аніж літак, отож інститут незаконних «судів» поширюється та проникає далеко вглиб Нової Гвінеї у власному розумінні цього слова».

Якщо звіт М.Мід правильний, то правило визнання в народі манус діяло в основному не стосовно людей, яких воно уповноважувало створювати закони, а відносно процедури. І безперечно, якщо говорити про винахід, порівнянний з винаходом колеса чи літака, то доречно думати при цьому про процедуру, а не просто про надання повноважень.

ПРАВО ЯК ЦІЛЕСПРЯМОВАНА ДІЯЛЬНІСТЬ І ПРАВО ЯК ПРОЯВ СИЛИ СУСПІЛЬСТВА

Можна стверджувати, що різноманітні протиставлення точи¹ зору, розглянутій в цьому розділі, в мінливих контекстах віддзеркалюють одну-єдину докорінну розбіжність. Характер її² фундаментальної розбіжності можна висловити так: я нап'ягаю на тому, щоб розглядати право як цілеспрямовану діяльність, успіх якої залежить від енергії, інтуїції, розуму³ та сумлінності тих, хто нею займається, і яка через цю залежній

приречена завжди трохи не досягати повного здійснення своїх цілей. Прихильники протилежного погляду наполягають на тому, що право треба трактувати як доведений факт влади чи сили суспільства, що предметом вивчення має бути те, чим право є й що воно робить, а не те, що воно намагається робити або чим стати.

Розглядаючи ці фундаментально супротивні позиції, я хочу почати з формулювання міркувань, які, на мою думку, спричинилися до того погляду, проти якого я заперечую. Оскільки я не маю повноважень говорити за опозицію, це формулювання має бути гіпотетичним за формою. Проте я намагатимусь висловитися якомога переконливіше.

Таке формулювання треба було б почати з поступки, що в тлумаченні окремих законодавчих актів свідомо мета має відігравати належну роль. Закон, безперечно, — це свідомо річ, призначена для певної цілі або сукупності споріднених цілей. Протест викликає не розподіл цілей між окремими законами, а право загалом.

Будь-який погляд, який приписує певний замір чи мету цілому інституційному комплексу, має, треба сказати, дуже непривабливих попередників в історії філософії. Він нагадує про надмірні прояви німецького та британського ідеалізму й наводить на думку, що, почавши говорити про призначення права, ми можемо закінчити обговоренням «призначення держави». Навіть якщо ми відкинемо небезпеку можливого повернення гегельянського духу як нереальну, точка зору, яку ми розглядаємо, має й інші родинні зв'язки, які нас аж ніяк не заспокоюють. Вона нагадує, наприклад, про цілком серйозні дискусії навколо «призначення болот» між Томасом Джеферсоном і його колегами в Американському філософському товаристві*. Можна сказати, що наївна телеологія показала себе найгіршим із можливих ворогів наукового пошуку об'єктивної істини.

Навіть якби ці історичні зв'язки викликали менше занепокоєння, в кожній теорії, яка намагається щедрою рукою приписувати свідому мету цілому інституту, є справді щось несправдоподібне. Інститути складаються з безлічі окремих людських дій. Багато які з них тримаються звичної колії й навряд чи взагалі можуть бути названі цілеспрямованими. Щодо цілеспрямованих дій, то цілі діючих осіб мають найрізноманітніший характер. Навіть ті, хто бере участь у створенні

* Boring, *The Lost World of Thomas Jefferson* (1948), pp.45-47.

інститутів, можуть мати дуже відмінні погляди на призначення чи функції цих інститутів.

Відповідаючи на цю критику, я спочатку хотів би нагадати що приписана мною інститутіві права мета є скромною та тве резую: регулювання й контроль людської поведінки за допом⁰. гою загальних правил. Така мета навряд чи має нахил до гегельянських надмірностей. Приписування її праву дійсно здавалося б нешкідливим трюїзмом, якби її прихований сенс не був самоочевидним або неважливим (здається, це я довів у другому розділі цієї книжки).

Перш ніж відмовитися від запропонованої мною скромної поблажливості в телеології, нам треба ретельно обміркувати збитки, пов'язані з цією відмовою. Найсуттєвіший елемент цих збитків полягає в тій обставині, що ми цілковито втрачаємо будь-який критерій для визначення законності. Якщо право є просто виявом авторитету чи влади суспільства, то хоча ми все ще можемо говорити про реальну справедливість чи несправедливість конкретних законодавчих актів, ми вже не можемо вести мову про те, якою мірою правова система загалом досягає ідеалу законності; аби не суперечити своїм засновкам, ми не можемо, наприклад, стверджувати, що правова система країни Х досягла вищого ступеня законності порівняно з правовою системою країни Y. Ми можемо говорити про суперечності в законі, але не маємо критерію для визначення тієї чи іншої суперечності. Ми можемо скаржитися на певні категорії законів зі зворотною силою, але неспроможні навіть пояснити, в чому полягала б хибність системи, цілком складеної з таких законів. Якщо ми зауважуємо, що влада закону, як правило, виявляється в застосуванні загальних норм, то не можемо вигадати кращого пояснення цьому, ніж те, що вища законна влада навряд чи має змогу поставити на кожному розі службовця, який говорив би людям, що їм треба робити. Коротко кажучи, ми не можемо ані сформулювати проблем, яким присвячений мій другий розділ, ані дати на них відповідь.

Мабуть, можна сказати, що коли ці проблеми насправді неможливо сформулювати в такий спосіб, який дозволив би нам відповісти на них, то нам слід мужньо сприйняти цей факт і не тішитися вигадками. Саме з цього пункту даного питання точаться найгостріші дискусії. Питання полягає вже не в тому, яка точка зору є найзручнішою та найзаспокійливішою, а ^в тому, який погляд найбільше відповідає тій реальності, ш^о ^з нею нам доводиться мати справу. Далі в цьому розділі я спр⁰,

рук» показати, що погляд, який нібито абстрагується від мети права й розглядає його просто як прояв сили суспільства, можна підтримувати лише ціною фальсифікації реальності, на якій вона нібито ґрунтується.

Погляд, який я критикую, вбачає реальність права у факті (снування усталеної законодавчої влади. Те, що ця влада визначає як право, є правом. У цьому визначенні питання щодо ступеня не стоїть; до цього права не можна застосувати прикметники «успішний» чи «неуспішний». Це, як мені здається, є суттю теорії, протилежної тій, що становить основу даної книги.

Відтак ця теорія, на мою думку, може здаватися розумною лише в тому разі, якщо ми систематично вилучаємо з розгляду два елементи тієї реальності, яку вона нібито описує. Перший з них полягає в тому, що усталена влада, яка визначає для нас право, сама є продуктом права*. У сучасному суспільстві право звичайно створюється в процесі корпоративної діяльності. Корпоративна діяльність (наприклад, парламенту) можлива лише за умови схвалення й дотримання правил процедури, які дозволятимуть групі людей висловлюватися в юридичному відношенні одноманітно. Ці правила процедури можуть зазнати невдачі в усі вісім способів, від яких не захищена жодна правова система. Тож коли ми стверджуємо, що в Сполученому Королівстві останнє слово у визначенні того, що є законом, належить парламентові, ми мовчазно припускаємо певну міру успіху принаймні в одній правовій сфері, а саме в тій, що пов'язана з наданням парламенту корпоративних повноважень щось «казати». Це припущення успіху зазвичай цілком виправдане в країнах з тривалою парламентською традицією. Але якщо ми дотримуватимемось реальності, яку збираємося описувати, то визнаємо, що спроможність того чи іншого парламенту приймати закони сама є результатом цілеспрямованого зусилля, а не просто вихідним природним фактом.

Друга фальсифікація реальності полягає в нехтуванні тією обставиною, що офіційна структура влади сама звичайно залежить від людських зусиль, які не вимагаються жодним законом чи наказом. Вебер зазначає, що всі офіційні соціальні структури — втілені чи то в традиції, чи то в писаній конституції —
^{Ма}к>ть імовірні прогалини, що не сприймаються як такі, бо запов-

^п мав нагоду торкнутися цього питання, обговорюючи парламентське верховенство. Див. СІ 10.

нюються відповідними діями, які нерідко вживаються без будь-якого усвідомлення можливої альтернативи*. Інакше кажучи люди, як правило, не роблять безглуздих речей, здатних *роз*ладнати всю справу, в якій вони беруть участь, навіть якщо офіційні директиви, за якими вони діють, дозволяють ці безглузді речі.

Добрий приклад прогалини в офіційній структурі можна знайти в Конституції США. Те, що закони мають обнародуватися, є, мабуть, найочевиднішою умовою законності. Вона є також умовою, яка найлегше зводиться до формальної конституційної вимоги. Проте в Конституції нічого не говориться про публікацію законів. Незважаючи на цю прогалину, я сумніваюся, щоб будь-якому конгресменові колись спало на думку підлещуватися до платників податків обіцянкою заощадити їхні гроші, подбавши про те, щоб закони залишалися неопублікованими. Можна, звичайно, заперечити, що конституційну умову опублікування можна задовольнити шляхом тлумачення, оскільки інакше положення проти певних законів зі зворотною силою мали б небагато сенсу. Але річ у тім, що ті, хто з самого початку вважали необхідність публікації законів самозрозумілою, фактично не займалися таким тлумаченням.

Учений може відмовитися розглядати право як діяльність і тлумачити його лише як породження сили суспільства. Однак ті, чиї дії становлять цю силу, вважають, що беруть участь у цій діяльності, й роблять, як правило, те, що важливо для її успіху. У тих межах, у яких їм доводиться керуватися в своїх діях не формальними правилами, а інтуїцією, поступовість у досягненні успіху є неминучою.

Хартова проблема «інерції права» (як може закон, створений Рексом IV, зберігати чинність, коли на трон сходить Рекс V?) є ще одним прикладом прогалини в постульованій офіційній структурі, яка на практиці не здається прогалиною. Необхідність неперервності права попри зміни в керівництві така очевидна, що всі звичайно вважають цю неперервність цілком природною річчю. Вона стає проблемою лише тоді, коли хтось намагається визначити право як породження офіційної

* Weber, *Law in Economy and Society*, pp.31-33. Вебер пише: «Встановлено, що найбільш «фундаментальні» питання часто не врегульовані законом навіть у надзвичайно раціоналізованих у всьому іншому системах правопорядку». І продовжує, що зазвичай люди діють так, що «абсурдних», хоча й можливих з юридичної точки зору ситуацій* на практиці не виникає.

влади и виключає можливість впливу людських суджень та інтуїції на його функціонування.

Велике значення, яке теорія схильна приділяти точному визначенню найвищої законної влади, безсумнівно, є виразом занепокоєння тим, що неясність у цьому питанні може спричинити дезінтеграцію правової системи як одного цілого. З іншого боку, забувають, що жодний набір директив згори не може знехтувати необхідністю в розумній діяльності, керованій відчуттям свідомої цілі. Навіть скромний мировий суддя, який не може розібратися у формулюваннях, що обмежують його юрисдикцію, як правило, здатний збагнути, що його повноваження походять від відомства, яке становить частину більш масштабної системи. Принаймні йому вистачить розсудливості, аби діяти обережно. Координацію між елементами правової системи не можна просто встановити — її треба досягти. На щастя, належного відчуття своєї ролі, підкріпленого крихіткою інтелекту, зазвичай досить для виправлення будь-яких недоліків офіційної системи.

Існує дивна іронія в позиції, що відмовляється визнавати за правом загалом свідому мету, хоч би яку скромну чи обмежену. Жодна філософська школа не наважувалася заявити про свою здатність зрозуміти реальність без виявлення її структури, зв'язків чи типу. Якби ми були оточені безформним потоком розрізнених і не пов'язаних між собою подій, то не було б нічого, що ми могли б зрозуміти чи обговорювати. Коли ми розглядаємо право як «факт», то мусимо припускати, що це особливий різновид факту — він має властивості, які піддаються визначенню та відрізняють його від інших фактів, 'справді, всі теоретики права щосили намагаються розповісти нам, яким саме різновидом факту воно є: право — це не «ситуація з озброєним бандитом у збільшеному вигляді», воно, як правило, передбачає застосування загальних норм до поведінки людей, і т.д. і т.п.

Ці зусилля виявити й описати властивості, які визначають ^пПраво, звичайно досягають певного успіху. Чому? Причина ^звсім не становить таємниці. Вона полягає в тій обставині, ^шщо майже в усіх суспільствах люди розуміють необхідність ^{ві}Двертого регулювання певних типів людської поведінки за допомогою правил. Виконуючи цей замір, вони починають ^рзуміти, що він має власну внутрішню логіку й ставить вимоги • які треба виконувати (інколи ціною великих незручностей) ^{ра}Раді досягнення його мети. Саме тому, що люди, як правило, ^тти певною мірою збагнути ці вимоги й поважати їх, правові

системи виявляють певну схожість у суспільствах, цілком відмінних за рештою ознак.

Отже, саме тому, що право являє собою цілеспрямовану діяльність, воно демонструє структурну незмінність, яку теоретик права може виявляти й тлумачити як однастайність фактуальних даних. Якби він уявляв, на чому ґрунтується його теорія, він, мабуть, був би менш схильний вважати себе схожим на вченого, який відкриває однастайність неживої природи. Проте можливо, що під час нового обмірковування свого предмета він пройметься якоюсь новою повагою до власного роду та зрозуміє, що не лише електрони, а й цей предмет можуть виходити за межі якоїсь чіткої схеми.

РЕАЛЬНІ ЦІЛІ ПРАВА

Yet law-abiding scholars write: Law is neither wrong or right. [Проте законослухняні вчені пишуть: Закон не є ані несправедливим, ані справедливим.] — В.Х.Оден

Не треба сподіватися на добру конституцію тому, що її склали добродішні люди. Скоріше саме завдяки добрій конституції ми можемо сподіватися на суспільство добродішних людей. — Імануїл Кант

Центральною темою філософії права Холмса є необхідність збереження чіткої різниці між правом і мораллю. Однак у «Шляху закону» він писав:

«Я не стверджую, що не існує ширшого погляду, з якого відмінність між правом і мораллю набуває другорядного значення, подібно до того, як зникають усі математичні степені перед лицем нескінченності»*.

Отже, тепер у наших дослідженнях час подивитися (не звертаючись, звичайно, до нескінченності), чи не існує контекстів, де відмінності, на яких раніше наполягали, можуть набувати Другорядного значення. Варто нагадати, що дві головні відмінності, на яких досі ґрунтувалася аргументація, — це різниця між мораллю обов'язку й мораллю прагнення та різниця між внутрішньою й зовнішньою мораллю права.



*mes, «The Path of the Law», in: 10 *Harvard Law Review* 457-478, P-459 (1897).

НЕЙТРАЛЬНІСТЬ ВНУТРІШНЬОЇ МОРАЛІ ПРАВА ШОДО ЙОГО РЕАЛЬНИХ ЦІЛЕЙ

Пропонуючи свій аналіз внутрішньої моралі права, я наполягав на тому, що вона з цілої низки проблем є індиферентною щодо реальних цілей права та з однаковою ефективністю придатна для широкого кола таких цілей. Однією з моральних проблем, що сьогодні жваво дискутуються, є проблема контрацепції. Зараз вже цілком ясно, що за допомогою одних лише принципів законності розв'язати цю проблему неможливо. Очевидно також, що правова система може зберігати свою внутрішню цілісність незалежно від того, забороняють її норми контрацепцію чи заохочують її.

Але визнання того, що внутрішня моральність права може забезпечувати підтримку й ефективність широкого кола реальних цілей, не повинно приводити нас до хибного переконання в тому, що будь-яку реальну ціль можна прийняти без компромісу із законністю. Навіть прийняття такої цілі, як юридичне запобігання контрацепції, за певних обставин може зашкодити моральності права. Якщо (як інколи буває) закони, що забороняють продаж контрацептивів, ухвалюються немовби символічно, з усвідомленням того, що вони не будуть і не можуть бути застосовані, то це серйозно впливає на моральність права. Не існує способу запобігти поширенню цієї інфекції на інші частини правової системи. На жаль, добре відомим політичним методом є задоволення однієї потреби шляхом прийняття якогось закону, а іншої, протилежної — шляхом незастосування цього закону.

Одне із завдань цього розділу — в загальних рисах проаналізувати спосіб взаємодії внутрішньої та зовнішньої моралі права. Перш ніж запропонувати цей аналіз, буде корисно протиставити йому погляд, висловлений Х.Л.А.Хартом в його «Концепції права». У розділі «Право та мораль» Харт пише:

«Якщо соціальний контроль [через норми права] має¹ функціонувати, то ці норми мусять задовольняти певним умовам: вони мають бути зрозумілими, такими, щоб їм могла підкорятися більшість, і, як правило, не повинні мати зворотньої сили, хоча як виняток це може бути... Очевидно, що * ознаки нормативного регулювання тісно пов'язані з тими вимогами справедливості, які правники називають принципами законності. Один із критиків позитивізму дійсно побачив у ¹ ^ аспектах нормативного регулювання щось рівнозначне необхідному зв'язку між правом і мораллю й запропонував назвати

це «внутрішньою мораллю права». Що ж, якщо необхідний зв'язок між правом і мораллю означає саме це, ми можемо погодитися з цим. На жаль, він може поєднуватися з дуже великим беззаконням»*.

Безперечно, не можна уявити більш відвертого заперечення можливості будь-якої взаємодії між внутрішньою та зовнішньою мораллю права, ніж те, що міститься в цій останній сентенції. Мушу визнати, що вона мене приголомшила. Чи має Харт на увазі лише те, що, напруживши фантазію, можна уявити собі випадок злого монарха, який має на меті найбеззаконніші речі, але завжди зберігає справжню повагу до принципів законності? Якщо так, то це зауваження здається недоречним у книзі, призначеній наближити «концепцію права» до життя. А може, Харт хоче сказати, що історія насправді надає нам знаменні приклади режимів, у яких справжня відданість внутрішній моральності права поєднувалася з жорстокою байдужістю до справедливості й людського благополуччя? У цьому випадку ми були б вдячні за приклади, навколо яких можна було б розгорнути розумну дискусію.

Погляд Харта стосовно того, що проблеми законності заслуговують лише на принагідний і побіжний розгляд, виявляється аж ніяк не лише в наведених мною кількох сентенціях. Уся його книга пройнята цим поглядом. Обговорюючи те, що він називає «стрижем здорового глузду в доктрині природного права» (с.189-195), Харт цікавиться лише суттєвими цілями, обходячи мовчанням чудову англійську традицію «фундаментального права» — традицію, яка значною мірою стосується того, що можна назвати законами про законність**. Коли він починає розглядати «патологію правової системи» (с.114-120), то обговорювані проблеми значною мірою зводяться до питання, яке простою мовою звучить так: «Хто тут врешті-решт хазяїн?». І останнє: описуючи незручне становище повоєнної Німеччини, пов'язане з намаганням упорядкувати залишені Нацистами рештки моралі та права, Харт все ж таки не враховує радикального погіршення правової моралі, яке відбулося за Гітлера (с.204). Коротко кажучи, хоча він мимохідь визнає існування чогось такого, що можна назвати внутрішньою мораллю права, але, здається, вважає, що вона не має великого значення для найсерйозніших питань правознавства.

Hart, p.202. Згаданий у процитованому уривку названий «критик позитивізму» — це я сам.

* Див. с.97-99.

Попри цей погляд Харта — безперечно, типовий для сучасного правового мислення — я далі спробую відновити ті інтелектуальні канали, які, на мою думку, мають пов'язувати проблему законності з іншими головними питаннями філософа права.

ЗАКОННІСТЬ ЯК УМОВА ЕФЕКТИВНОСТІ

Гадаю, мені не треба повторювати тут аргументацію, якій був цілком присвячений другий розділ цієї книжки і яка стосується того, що внутрішня мораль права не є чимось доданим або встановленим для влади закону, а є суттєвою умовою самої цієї влади. Якщо ми погоджуємося з цим висновком, то перше зауваження, яке треба зробити, таке: право є передумовою доброго права. Ми можемо припустити, що сумлінний тесляр, який добре освоїв своє ремесло й завжди тримає своє знаряддя гострим, може віддаватися спорудженню шибениці для злодіїв так само, як і будівництву притулку для сиріт. Проте все ж таки залишається фактом, що для будівництва сирітського притулку потрібен тесляр або його допомога й що притулок вийде кращим, якщо це буде вправний майстер, оснащений інструментами, які використовувалися обережно й трималися в належному стані.

Якби у нас узагалі не було теслярів, то нашою першою потребою, ясна річ, було б не креслення проектів лікарень і притулків чи обговорення принципів належного проектування, а вербування та підготовка теслярів. Саме в цьому сенсі сьогодні багато де у світі потреба в законі є більшою, ніж потреба в доброму законі.

Варто нагадати, що в обвинувальному акті, сформульованому в Декларації про незалежність, короля Георга III було однаково звинувачено як у запереченні закону, так і в установленні несправедливих законів.

«Він відмовив у своїй санкції законам, найбільш корисним і необхідним для народного блага... Він заборонив своїм губернаторам приймати закони невідкладного й нагального значення... Він неодноразово розпускав палати представників... Тривалий час після таких розпусків він відмовлявся дати наказ про обрання інших... Він ставав на заваді здійсненню правосуддя, відмовляючи у своїй санкції законам про встановлення суддівських повноважень... Він зрікся свого правління тут, оголосивши нас поза своїм заступництвом і почавши війну проти нас».

Коли ці слова було написано, американці були на шляху до своєї «деколонізації». Нам пощастило засвоїти від своїх британських учителів певну потребу в праві та в збереженні його чистоти й сили. Сьогодні велика частина світу прагне справедливості, не пройшовши такого навчання. **Ще** не було часів, які могли б ясніше виявити безглуздість погляду, нібито право лише віддзеркалює вихідний факт узаконеної суспільної влади. Так само не було ще часів, коли небезпечність серйозного сприйняття цього погляду була більшою.

Я мушу вибачитися за наполягання на такому очевидному твердженні, як те, що для практичної ефективності права неодмінним є певний мінімум відданості правовій моралі, але хіба не нехтують цим пунктом так часто саме в тих ситуаціях, де він найбільше потребує недвозначного висловлення? Вартим уваги прикладом є, на мою думку, трактування Хартон «патології правової системи» (с.114-120). Усі ситуації, які він розглядає під цим заголовком, стосуються або якогось конфлікту абсолютної влади, або «простого припинення впорядкованого правового контролю попри небезпеку анархії чи бандитизму без політичних претензій на владу». Тут, як і в інших місцях його книги, право розуміється лише з точки зору його офіційного джерела, а не як складна діяльність, міра успіху якої може бути різною. Харт не визнає, що народ може постійно схвалювати одне-єдине джерело законної влади, і все ж таки ця влада може здійснюватися в такий неадаптивний чи викривлений спосіб, що ефективної правової системи не виникає. Не визнається й те, що певна міра «патології» супроводжує всі правові системи, не виключаючи найзразковіших. Навіть якщо цікавитися лише переходами законної влади від одного офіційного джерела до іншого, то без залучення проблем правової моралі не можна дати цьому реалістичного пояснення. Історія свідчить, **Що** законно встановлені уряди скидалися ім'ям закону. Загроза незаконної революції може ускладнити збереження правомірності дій уряду, щиро відданого законності. Ці антиномії, ^{ЯКІ} домінують у реальній драмі історичного процесу, випускаються з уваги в тому викладі, який фактично задовольняється простим твердженням: «Спочатку був акт I, потім акт II».

ЗАКОННІСТЬ І СПРАВЕДЛИВІСТЬ

Одну глибоку спорідненість між законністю та справедливістю ^сРідко помічав і недвозначно визнавав навіть Харт (с.202). Вона лягає у спільній для обох властивості, а саме в тому, що вони

діють за відомими правилами. Внутрішня мораль закону вимагає, аби існували правила, аби вони були відомими й аби їх додержували на практиці ті, кому доручено їх застосовувати. Ці вимоги можуть здаватися нейтральними в етичному плані оскільки це стосується внутрішніх цілей права. Проте так само як право є передумовою доброго права, дії за відомими правил², ми є передумовою будь-якої розумної оцінки справедливості праві, «Беззаконну необмежену владу», що виявляється виключно в непередбачених і безприкладних втручаннях у справи людей, можна назвати несправедливою лише в тому сенсі, що вона діє не за відомими правилами. Було б важко назвати її несправедливою в будь-якому більш специфічному сенсі, не виявивши прихованого принципу, який керував її втручаннями (якщо такий взагалі існував). Достойнством сумлінно побудованого й здійснюваного правопорядку є те, що він не приховує від уважного погляду громадськості правил, за якими діє.

Зараз усі вже забули, до яких хитрощів вдавалися нацисти, аби уникнути публічного викриття. Під час їхнього режиму у вітринах багатьох німецьких крамниць з'явилися вивіски: «Jiidisches Geschäft» («єврейська крамниця»), яких не вимагав жодний із прийнятих законів. Ці вивіски було встановлено ні «прохання» членів партії; саме вони визначали, на яких маг*зинах доречно їх встановлювати. Німецьке населення пояснювало цю процедуру переважно тим, що нацисти усвідомлювали можливість міжнародного осуду в разі прийняття офіційного й прилюдного законодавчого акта. Ця хитрість дійсно часткові вдалася. У ті часи, коли очікувався вплив іноземців (наприклад, у зв'язку з проведенням ярмарку), вивіски тимчасово (зно*таки на прохання партії) знімали з вітрин. У Берліні, Я*іноземних гостей завжди було багато, ці написи взагалі не Я*користовували — замість них партія «попрохала» пофарбувати шибки навколо вітрин магазинів, що належали євреям, у певний колір. Випадковий іноземний гість, мабуть, помічав час*використання цього кольору, проте, як правило, лишався в невіданні щодо його значення й того, що він застосовувався згідно з правилом, яке ніколи не було прийнято відкрито.

У нашій країні дуже поширеною практикою є регулювання діяльності державних органів неписаними та неопублікованими правилами. Іноді ці правила цілком невинні за суттю, хоча н обізнаність у них може заважати громадянам у їхніх стосункз* з тим чи іншим органом. А буває, що такі неоголошені правил³ далекі від невинності. Один з особливо обурливих приклад¹ такого правила було нещодавно виявлено в Бостоні. Там ста"

практикою вимагати від затриманої особи, залишеної за ґратами на ніч, підпису на папері, який звільняє поліцію від будь-якої цивільно-правової відповідальності за дії, пов'язані з арештом і ув'язненням цієї особи. Підпис на такому папері є умовою її звільнення з-під варти. Безсумнівно, не один офіцер поліції застосовував цей звичай, зовсім не замислюючись над ним, з відчуттям сумлінного виконання стандартної службової процедури, але важко уявити собі законодавця, ладного легалізувати таку процедуру за допомогою опублікованої норми.

Досі я говорив так, немовби спорідненість законності та справедливості полягає лише в тому, що чітке формулювання й оприлюднення норми дозволяє народові судити про її справедливість. Проте ця спорідненість має глибші корені. Навіть коли людина відповідає лише перед своїм сумлінням, вона стане відповідальнішою, якщо буде змушена чітко формулювати принципи, за якими діє. Багато людей, що обіймають посади у владних структурах, у своїх стосунках з підлеглими виявляють певну одноманітність поведінки, яка, можна сказати, і становить якісь неписані правила. Не завжди очевидно, що ті, чиї дії є віддзеркаленням цих правил, самі усвідомлюють їх. Хтось сказав, що більшість несправедливостей у світі було заподіяно не кулаками, а ліктями. Застосовуючи свої кулаки, ми робимо це з певною метою і відповідаємо за цю мету перед собою та перед іншими. Наші лікті, як ми цілком можемо припустити, окреслюють у повітрі якусь випадкову траєкторію, за яку ми не відповідаємо, хоча наш сусід може болісно усвідомлювати, що його систематично зіштовхують з місця. Суворі зобов'язання перед принципами законності змушують правителів відповідати перед собою не лише за свої кулаки, а й за лікті.

ПРАВОВА МОРАЛЬ І ЗАКОНИ, СПРЯМОВАНІ ПРОТИ ГАДАНОГО ЛИХА, ЯКЕ НЕ МОЖНА ВИЗНАЧИТИ

Проста вимога щодо зрозумілого формулювання норм права^{На} перший погляд здається етично нейтральною відносно тих Реальних цілей, яким може слугувати право. Якщо будь-який^П Принцип правової моралі, за словами Харта, «поєднується з^ДРке великою несправедливістю», то це, мабуть, так і є. Проте^{Кш}о законодавець намагається усунути якесь лихо й не може^{Яс}но визначити мету, на яку спрямований його законодавчий^Т - то очевидно, що він матиме труднощі з чітким формулю-^Нням своїх законів. Я вже спробував проілюструвати це пи-^{Ня} за допомогою законів, призначених запобігти «повернен-

ню колишніх салунів»*. Однак у цьому разі ми мали справу радше із законодавчою нерозважливістю, ніж із чимось, що⁰ стосується несправедливості.

Зовсім інакше стоїть справа із законами, які намагаються поставити юридичні права в залежність від раси. Сьогодні загальноприйнятою є думка, що уряд Південної Африки поєднає суворе дотримання законності з прийняттям низки жорстоких і негуманних законів. Такий погляд міг виникнути лише через укорінену сьогодні плутанину між повагою до встановленої влади та відданістю законові. Дослідження законодавства, за допомогою якого в Південній Африці зберігається расова дискримінація, виявляє кричущий відступ від вимог внутрішньої моралі права.

Наведені далі цитати взято з ретельного й об'єктивного дослідження расистських законів, виданих Південно-Африканським Союзом:

«Законодавство рясніє відхиленнями від норми, внаслідок чого одна й та сама людина може за різними законами зараховуватися до різних расових категорій... 22 березня 1957 р. міністр внутрішніх справ констатував, що на розгляді у директора служби перепису та статистики знаходиться близько 100 тисяч справ з расовою класифікацією, які вважаються «суміжними випадками»... Як виявлено цим дослідженням, відсутність одностайності у визначеннях є наслідком перш за все відсутності будь-якої одностайності чи наукової бази в расовій класифікації... У заключному аналізі законодавчий орган намагається визначити те, що не піддається визначенню»**.

Навіть південноафриканський суддя, який у своєму приватному житті поділяє упередження, що сформували закони, які він зобов'язаний тлумачити й застосовувати, мусить (якщо з повагою ставиться до своєї професійної етики) відчувати глибоку відразу до свавільних маніпуляцій, яких вимагає від нього законодавство.

Не треба думати, що лише в Південній Африці закони, які встановлюють юридичні наслідки для расових відмінностей, спричинялися до серйозних проблем тлумачення. У 1948 р- У судовій справі *Perez v. Sharp**** Верховний суд Каліфорнії визнав неконституційним закон, який забороняв «давати дозвіл

* Див. с.89.

** Suzman, «Race Classification and Definition in the Legislation the Union of South Africa, 1910-1960», *ActaJuridica* (1960), pP-³³ 367.

*** 32 Cal. 2d 711.

на шлюб між білою особою та негром, мулатом, монголом чи представником малайської раси». Визнання цього закону нечинним частково ґрунтувалося на його невідповідності конституційній вимозі: «Закон має бути чітко окресленим, а його значення — зрозумілим для тих, чиї права та обов'язки він регулює».

Наші закони про натуралізацію тепер спеціально передбачають, що «у праві стати натуралізованим громадянином... людині не може бути відмовлено... через расу»*. Відтак Верховний суд тепер врятований від небезпеки заплутатися у своїх тлумаченнях, як це було в 1922 та 1923 рр. У справі *Ozawa v. United States*** він мав надати якогось сенсу положенню, за яким право на натуралізацію належало лише «білим особам». Суд зауважив: «Очевидно, що такий критерій, як просто колір шкіри кожної окремої людини, неприйнятний для застосування, оскільки цей колір може бути дуже різним у людей однієї раси». У намаганні досягти певної наукової точності суд заявив, що «білу особу» треба тлумачити як особу кавказької раси. У справі, що розглядалася через кілька місяців після цього рішення, заявником на отримання громадянства був індієць з високої касты***. Його адвокат навіс досить переконливий доказ того, що згідно з прийнятим антропологічним значенням терміну «кавказький» його слід віднести до цієї раси. Суд зауважив, що термін «кавказький» був невідомий тим, хто складав цей закон у 1790 р., й що «додатковий відтінок значення цього слова, вживаний в етнології, аж ніяк не ясний, і вживання його в його науковому сенсі як еквіваленту слів закону... означало б просто заміну однієї плутанини іншою... Слова звичайної мови, застосовані творцями цього закону, мали за мету включити лише той тип людини, який вони знали як білий».

І. нарешті, за якоюсь гіркою іронією Верховний суд Ізраїлю зіткнувся з майже нерозв'язними проблемами, коли спробував дати якесь просте й зрозуміле тлумачення Закону про повернення, що автоматично надавав громадянство іммігрантам-євреям». 6 грудня 1962 р. через відсутність одностайності Суд не визнав за єврея у світлі цього закону одного католицького ченця. Його адвокат стверджував, що завдяки єврейському походженню він за рабинським правом залишається

^м U.S.C.A., Tit.8, par. 1422.

²⁶ 260 U.S. 178 (1922).

United States v. Thind, 261 U.S. 204 (1923).

євреєм. Суд погодився з цим, але заявив, що це питання сто-сується не релігійного, а світського права Ізраїлю. За цим правом ненець більше не був євреєм, оскільки прийняв хри-стіянську релігію*.

ЛЮДИНА З ПОГЛЯДУ ПРАВОВОЇ МОРАЛІ

Тепер я переходжу до найважливішого аспекту, в якому виконання вимог правової моралі може бути корисним для більш широких цілей людського життя взагалі. Він полягає у судженні про людину, прихованому у внутрішній моралі пра-ва. Я неодноразово зауважував, що правову мораль можна вважати нейтральною щодо широкого кола етичних проблем. Однак у своєму судженні про саму людину вона не може бути нейтральною. Здійснення такого заміру, як нормативне регулювання людської поведінки, обов'язково передбачає по-гляд на людину як на (потенційно) свідому діючу силу, здат-ну розуміти й виконувати правила та відповідати за свої по-милки.

Кожний відступ від принципів внутрішньої моралі права є зневагою гідності людини як відповідальної особи. Судити її вчинки за допомогою неоприлюднених законів чи законів зі зворотною силою або наказувати їй виконати якусь неможли-ву дію — це значить засвідчити їй про свою байдужість до її здатності до самовизначення. І навпаки, коли приймається точка зору, що людина не здатна на відповідальні вчинки, правова мораль втрачає підставу для свого існування. У цьому разі за-стосування неопублікованих законів або законів зі зворотною силою для оцінки її дій вже не є зневагою, бо тут вже нема чого зневажати — навіть саме слово «судити» стає недореч-ним у цьому контексті: ми більше не судимо людину, а впли-ваємо на неї.

Сьогодні, здається, весь комплекс позицій, звичаїв і теорій підштовхує нас до заперечення того, що людина є відпові-дальним, самовизначальним центром дій (або принаймні здат-на свідомо прагнути ним стати). Такий стан думок має най-різноманітніші причини та, здається, цілу гаму спонук: ВІД найнегідніших до найшляхетніших.

Один із напрямків впливу походить від науки, конкретні-ше — від певних схоластичних філософських течій у суспільних

* Див. газету «New York Times», Dec.7, 1962, pp.1 and 15, та Dec.8, 1962, p.13.

науках. У цьому місці я хотів би надати слово видатному психологові Б.Ф.Скіннеру:

«Якщо нам доводиться застосовувати наукові методи у сфері людських справ, ми мусимо припускати, що ця поведінка є правомірною та визначеною. Ми мусимо розраховувати на виявлення того, що дії людини є результатом обставин, які піддаються визначенню, й що, виявивши ці обставини, ми можемо передбачати та певною мірою визначати її дії. Така перспектива для багатьох людей є образливою. Вона протистоїть давній традиції, яка вважає людину вільною рушійною силою... Жодна людина, яка є продуктом західної цивілізації, не може [погодитися з цим науковим поглядом на людську поведінку] без певної боротьби.

Концепція вільної, відповідальної людини закладена в нашій мові, нею пройняті наші звичаї, принципи та переконання. Більшість людей можуть схарактеризувати певну людську поведінку з *точки зору такої* концепції. Ця звичка така природна, що рідко піддається ретельному вивченню. З іншого боку, якесь наукове формулювання здається тут незвичним і дивним.

Ми не вважаємо людей відповідальними за їхні рефлексії — наприклад, за кашляння в церкві. Ми вважаємо їх відповідальними за їхню дійову поведінку — наприклад, за те, що вони шепочуться в церкві або залишаються в ній під час нападу кашлю. Проте є такі змінні, що відповідають і за шепотіння, і за кашляння, і вони цілком невблаганні. Коли ми визнаємо це, то ймовірно зовсім втрачаємо поняття відповідальності, а водночас і доктрину свободної волі як внутрішньої причинної рушійної сили. Це може мати велике значення для наших усталених порядків. Доктрина особистої відповідальності пов'язана з певними способами регулювання поведінки — способами, що породжують «*почуття* відповідальності» або підкреслюють «обов'язок перед суспільством». Ці способи досить погано виконують своє призначення»*.

Те, що погляди, подібні до щойно процитованого, виходять за межі «науки» й ґрунтуються на найнаївнішій епістемології**, мабуть, не дуже применшує їхню привабливість. Хоча жодна

Skinner, *Science and Human Behavior* (1953); цитати в тексті взято зі с.6-7, 10, 115-116.

У міркуваннях Скіннера простежуються дві теми: (1) з наукового Пояснення треба виключити поняття призначення, бо воно передбачає певний уявний майбутній стан, що керує теперішнім, тим Часом як визнаний науковий принцип полягає в тому, що минуле

людина, не виключаючи й професора Скіннера, насправді це вірить у ці погляди настільки, щоб прийняти їх за послідовну підставу для дій, ми визнаємо, що частка істини в них є. Перебільшуючи цю істину та залишаючи невизначеними ц справжні межі, вони сприяють байдужому ставленню до того що концепція відповідальності, на якій побудовано численні розробки в галузі права, занепадає. Більшість із цих розробок безперечно, не придатна для тих цілей, до яких так енергійно поривався професор Скіннер.

Віддаючи належне професорові Скіннеру, треба зауважити, що він не просто сумнівається в правильності ідеї відповідальності; він продовжує конструювати альтернативний спосіб соціального контролю. Якщо сформулювати зовсім просто: він пропонує нам замість того, щоб наказувати людям бути добрими, створювати умови для того, щоб вони були добрими. Якими б не були достоїнства чи вади цієї програми, вона не має нічого спільного з програмою перевтомленого обвинувача, який намагається полегшити собі роботу за допомогою законів, що встановлюють незалежність кримінальної відповідальності від будь-якого доказу провини чи заміру.

Я говорив про певну роль, яку «шляхетні» спонуки відіграють у заплутуванні поняття відповідальності. Одним із широко відомих прикладів є зловживання ідеалом реабілітації в кримінальному праві. Як показав Френсіс Аллен*, цей ідеал, якщо ним зловживають, може замість гуманізації кримінального права зробити його жорстокішим. Наприклад, коли реабілітацію розуміють як виняткову мету кримінального права, всі піклування про належну процедуру та ясне визначення того, що є злочинним, можуть бути марними. Якщо найгірше, що може трапитися з підсудним, — це отримання шансу виправитися за рахунок держави, то до чого всі ці турботи про справедливий суд?

Відтоді як професор Аллен опублікував свою статтю, висловлені ним побоювання дістали нове підтвердження в думці, викладеній суддею Кларком у справі *Robinson v. California*. З погляду частини суддів спірним питанням у цій справі було:

керує теперішнім; (2) людську поведінку треба пояснювати по змозі на підставі «зовнішніх», а не «внутрішніх» причин.

* Allen, «Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Idea**» 50 *Journal of Criminal Law and Criminology* 226-232 (1959).

** 370 U.S. 660 at pp.679-686 (1962); думка більшості в цій справі обговорювалася на с.102-103.

Чи можна за конституцією криміналізувати перебування у стані наркотичної залежності — стані, який може наставати ненавмисно? Більшість суду визнала, що не можна. Суддя Кларк не погодився з цим висновком, аргументуючи тим, що відповідний закон можна розглядати як лікувальний захід. Оскільки припускається, що держава має право через цивільне судочинство направляти наркомана до лікарні, він не бачив причини, чому вона не може також присудити його до шестимісячного ув'язнення, де наркотики будуть йому, мабуть, недоступні.

З цієї точки зору на кримінальне право яке відношення мали б принципи законності до такого закону, як у справі *Robinson v. California.* Чи треба обмежувати та контролювати офіційними нормами лікувальні заходи? Чи треба оприлюднювати характер цих заходів і випадки, до яких вони застосовні? Чи можна застосовувати лікувальні заходи за обставин, що виникають до їхнього офіційного ухвалення?

Маємо багато підстав вважати, що наш підхід до проблеми наркоманії хибний і що за допомогою медичних та реабілітаційних заходів можна було б досягти більшого, ніж за допомогою кримінального права. Але для успіху такої програми реформ треба створити необхідні для її реалізації установи. Було б нелогічно втілювати її в інституції, створені зовсім з іншою метою: не можна зробити з тюрми лікарню, назвавши її так, або з кримінального суду удати медичне обстеження.

Існують також інші тенденції в праві, що призводять до заплування ролі громадянина як здатної на самовизначення рушійної сили. Одна з них полягає в поширенні застосування оподаткування як чогось на зразок юридичної «служниці за все». Останнім часом оподаткування стало засобом досягнення безлічі побічних цілей. Податки встановлюються для того, Щоб контролювати комерційні процеси, виявляти професійних гравців у азартні ігри, розподіляти економічні ресурси, знеохочувати до вживання алкоголю, примушувати продавців косметики ділитися з державою часткою тієї високої ціни, яку жінки ладні платити за свою ненатуральну красу, відбивати охоту до подорожей, поширювати федеральну юрисдикцію — та бозна п^ Для яких цілей! Тимчасом обвинувачі виявляють, що податкові закони становлять зручний засіб добитися засудження, якого не можна забезпечити на інших підставах.

Тож не дивно, що об'єкти і жертви всього цього іноді, ма-
^тють, заходять у безвихідь і починають запитувати себе, що на
^{их} чекає попереду. Корпулентний громадянин, який вже й

так відчуває провину через переїдання, можливо, занепокоїться, чи не каратиме його держава за надмірну вагу. Звичайно він почуватиметься в цілковитій безпеці, припустивши, що уряд навряд чи накладе на нього за це штраф. Та чи може він бути впевнений, що завтра не підлягатиме якомусь спеціальному податку, обґрунтованому теорією про більші витрати на його перевезення субсидійованими державою авіалініями (хоча насправді він ніколи не подорожує літаком)? І чи не запитає він себе, яка, врешті-решт, різниця між податком і штрафом? Його стан тихого відчаю навряд чи поліпшиться, якщо йому «пошастить» довідатися, що один славнозвісний суддя з Верховного суду США колись стверджував, що тут немає різниці.

Я більше не торкатимуся цих незгідностей сучасного правопорядку. Натомість я краще нагадаю, що ми втратили б, якби поняття відповідальності одного разу взагалі зникло з права. Уся сукупність права пройнята двома одвічними критеріями винесення рішень: провина та замір. Філософське обговорення цих понять було значною мірою зосереджене на їх ролі в кримінальному праві, де вони дали привід для найзаплутанішої аргументації, зокрема стосовно свободи волі. Проте ці два критерії відіграють не менш важливу роль у договірному, деліктному та речовому праві. При ретельному вивченні вони виявляються складними й важкими для розуміння концепціями в будь-якій сфері права. Однак без них ми не мали би провідної нитки через цей лабіринт. Коли відсутній один із цих критеріїв, ми завжди намагаємося досягти його найточнішої відповідності. Якщо немає ясно визначеного заміру, то ми запитуємо, який намір мали б сторони, якби передбачили ситуацію, що виникла. Коли неможливо покласти безпосередню провину на жодну зі сторін, ми питаємо, яка з них мала найліпші шанси запобігти шкоді, або, інакше, яка з них була найближче до провини.

Подивимося, що відбувається, коли ці два критерії та їхні «близькі родичі» відсутні взагалі. Таке трапляється в договірному праві, коли щось перешкоджає виконанню угоди або її значення змінюється внаслідок якоїсь зовнішньої події, наприклад відміни коронаційної процесії. У речовому праві звичний критерій відсутній у тих випадках, коли втручається та панує природа: наприклад, ріка змінює русло, відбираючи двадцять акрів землі в А й додаючи двадцять п'ять Б. У таких випадках позовники виступають не як відповідальні представники, а як безпорадні жертви сторонніх сил. Тут ми вже не можемо питати: хто був винний? що він збирався робити? Адже тут відсутні знайомі нам стандарти правосуддя й важко визначити, чого

вно вимагає. Якби нам довелося в усьому праві втратити погляд на людину як на відповідальний центр дій, усі правові проблеми стали б схожі на ті, що я згадав.

ПРОБЛЕМА МЕЖ ЕФЕКТИВНОЇ ПРАВОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Досі в цьому розділі я намагався довести, що внутрішня мораль права дійсно заслуговує на назву «мораль». Сподіваюся, мені вдалося продемонструвати, що схвалення цієї моралі є необхідною, хоча й недостатньою умовою виконання правосуддя, що ця мораль сама порушується, коли робиться спроба висловити через норми права сліпу ненависть, і що, нарешті, ця особлива мораль права чітко формулює й тримає в нашому полі зору певну оцінку людської природи, однаково необхідну для права та моралі.

Тепер час звернутися до меж правової моралі та до аналізу ситуацій, в яких застосування цієї моралі може бути недоречним і шкідливим.

Але спершу треба взяти до уваги плутанину, яка загрожує нашій темі. Дозвольте мені навести один історичний приклад такої плутанини. У своєму есе «Про свободу» Мілль писав:

«Мета цього есе полягає у ствердженні одного простого принципу, який має право на абсолютне керівництво стосунками суспільства з окремою людиною шляхом примусу та контролю, незалежно від ужитих заходів: чи то фізичної сили у вигляді правових санкцій, чи то морального тиску з боку громадської думки. Цей принцип полягає в тому, що... єдиною метою, заради якої можна законно застосовувати силу до будь-якого члена цивілізованого суспільства проти його волі, є запобігання шкоді для інших. Його власне благо, фізичне чи моральне, не є достатньою підставою»*.

У своїй відомій відповіді Міллеві Джеймс Фіцджеральд Стівен спробував спростувати його «один простий принцип», підкресливши, що до британського громадянина застосовується сила У вигляді справляння податку на утримання Британського музею — установи, цілком очевидно призначеної не для захисту громадян від шкоди, а для їхнього вдосконалення**.

* Mill, *On Liberty*. Процитований уривок узято з розд. I.

Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), p. 16. «Примувати людину проти її волі до внеску на підтримку Британського музею є таким самим безперечним порушенням принципу пана Мілля, як ' релігійні утиски».

Цей приклад ілюструє плутанину між правом у звичайному сенсі, тобто нормами поведінки, призначеними для громадян і урядовими заходами взагалі. За аргументацією Мілля, сама «фізична сила у вигляді правових санкцій» не повинна застосовуватися як безпосередній інструмент удосконалення громадян. Безперечно, він не мав наміру стверджувати, що держава не має права використовувати фундації, створені з податків (які збираються, в разі потреби, примусово), для утримання установ, що сприятимуть самовдосконаленню громадян.

Плутанина, використана Стівеном у полеміці з Міллем, вельми витончена. Більш ґрунтовний приклад змішання понять ми знаходимо в наступному уривку з праці одного відомого антрополога:

«Закон часто використовувався як інструмент законодавчої всемогутності. Була одна спроба примусити цілу націю до тверезості за допомогою закону. Вона зазнала невдачі. У нацистській Німеччині цілу націю перетворюють на зграю кривоногих жерливих всесвітніх бандитів — у тому числі за допомогою закону. Це, сподіваємося, також зазнає поразки. Італійський диктатор намагається перетворити свій розумний, цинічний та миролюбний народ на відважних героїв. Фундаменталісти спробували в деяких штатах нашої країни за допомогою закону зробити людей богобоязливими та примусити їх читати Біблію. Великий комуністичний Союз спробував скасувати Бога, шлюб і сім'ю — знов-таки за допомогою закону»*.

Це ототожнення закону з кожним збагненням різновидом офіційного акта стало таким звичайним, що коли хтось збирається обговорювати, за відомим висловом Паунда, «межі ефективної правової діяльності», ми не певні, чи йтиметься про спробу правової заборони гомосексуалізму чи про неспроможність уряду перетворити енергію припливів на електричний струм в Пасамакводді.

ПРАВОВА МОРАЛЬ І РОЗПОДІЛ ЕКОНОМІЧНИХ РЕСУРСІВ

Годі вже говорити заради інтелектуальної профілактики. Тепер я хочу звернутися безпосередньо до ситуацій, в яких внутрішня мораль права виходить за межі своєї вузької сфери.

Ви, мабуть, пам'ятаєте, як у першому розділі я використав аналогію з певною шкалою, яка починається на найнижчому

* Malinowski, «A New Instrument for the Interpretation of Law Especially Primitive», 51 *Yale Law Journal* 1237-1254, at p.1247 (1942)-

рівні з найочевидніше необхідних для існування у суспільстві обов'язків, а закінчується на найвищому рівні найбільшими та найскладнішими досягненнями, на які лише здатні люди. Я говорив також про уявну позначку, що визначає межу, за якою припиняється тиск обов'язку й починається прагнення до досконалості. Правильне розміщення цієї позначки я розглядав як підставову проблему соціальної філософії. Якщо цю межу провести надто низько, то поняття обов'язку може розпастися на складові під впливом способів мислення, властивих лише вищим рівням моралі прагнення. Якщо позначка розміщена надто високо, суворість обов'язку може досягти такого ступеня, що придушить спонуку до досконалості й замінить справді ефективну діяльність рутиною обов'язкових дій.

Цей образ шкали й позначки, на мою думку, може стати в пригоді під час дослідження сфери державної діяльності. Насподі ми маємо державну владу, яка встановлює офіційні обов'язкові правила для контролювання людської поведінки. На іншому кінці знаходиться, наприклад, Президент, який керує (консультуючись із Сенатом і за його згодою) нашими відносинами з іншими країнами — відносинами, які, ясна річ, не можна регулювати сталими обов'язковими правилами, принаймні тому, що вони передбачають прийняття рішень державами, які є поза досяжністю нашого права.

У другому розділі я зазначив, що внутрішня мораль права — це значною мірою мораль прагнення. Водночас її характерна властивість полягає в тій обставині, що вона пов'язана зі створенням юридичних обов'язків і забезпеченням їх правовою санкцією. Інакше кажучи, внутрішня мораль права не є й не може бути мораллю, слушною для будь-якого виду державної діяльності. Армія є одним із творинь права, а її офіцери — у певному сенсі державними службовцями. Проте з цього, безумовно, не випливає, що кожне виконання військового наказу має піддаватися обмеженням, притаманним, наприклад, виконанню суддівських функцій.

Такими трюїзмами, як шойно наведені, зазвичай нехтували головним чином в економічній сфері. Згадаймо, як у першому Розділі я зазначав, що приватна економічна діяльність відбувається в обмежених рамках, установлених законом і мораллю, які пов'язані з власністю та договорами. Проте ця діяльність^{He} може й не повинна здійснюватися згідно з чимось схожим на внутрішню мораль права. Їй відомий лише один загальний принцип: принцип отримання максимального прибутку з обмежених ресурсів. І це слушно навіть тоді, коли обмеження, що

супроводжують економічний розрахунок, розширюються та передбачають, скажімо, зобов'язання платити мінімальну зарплатню, забезпечувати якусь форму охорони праці та розглядати випадки звільнення в арбітражному суді. Такі зобов'язання просто сприяють звуженню рамок економічного розрахунку, але не змінюють його суттєвої природи.

Не змінює її й безпосередня участь держави в економічній діяльності. Історія свідчить, що соціалістична економіка зіткнулася з труднощами в розробці розумних систем ціноутворення. Без такої системи застосування принципу граничної корисності стає важким і будується на здогадках. Проте сам принцип залишається неушкодженим, як це має бути завжди й скрізь, де люди прагнуть найефективніше розпорядитися наявними ресурсами. І цілком очевидно, що цей принцип неможливо реалізувати через установлення обов'язкових правил.

Сьогодні всі ці міркування ігноруються, коли у своїй змішаній економіці ми намагаємося через судові форми виконати основні завдання економічного розподілу. Найпомітніший приклад — судова справа Департаменту цивільної авіації та Федеральної комісії зв'язку. За своєю природою судовий розгляд має ґрунтуватися на відкрито оголошеній нормі чи принципі, а підстави, на яких він відбувається, мають бути досить сталими в часі. Без цього узгодження аргументів стає неможливим, а всі традиційні гарантії, які супроводжують винесення рішення (наприклад, ті, що наказують проведення приватних переговорів між позовником і арбітром конфлікту), втрачають значення.

Для того щоб діяти розважливо, економічний керівник мусить зважати на кожну обставину, яка стосується його рішень, і сам проявляти ініціативу з метою виявлення таких обставин. Його рішення мають підлягати скасуванню чи зміні, якщо змінюються умови. Суддя, з іншого боку, діє на підставі тих фактів, які заздалегідь вважаються релевантними згідно з оголошеними принципами прийняття рішень. Його рішення не просто спрямовують ресурси та енергію; вони проголошують права, а для того щоб права мали якесь значення, вони повинні бути тривкими незалежно від мінливих обставин. Отже, коли ми робимо спробу керувати економікою через судові форми, між прийнятою процедурою та проблемою, що підлягає розв'язанню, виникає серйозна невідповідність.

Найбільш переконливо ця ідея висловлюється в одній ілюстрації, запропонованій суддею Генрі Дж.Френдлі в його Холмсівських лекціях «Федеральні адміністративні органи: необхідність кращого визначення критеріїв» (Henry J.Friendly-

the Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards)*. Френдлі говорить про «безнадійний характер» завдання, дорученого Конгресом Федеральній комісії зв'язку. Він продовжує:

«Доручення, яке Конгрес дав комісії, можна певною мірою порівняти з ситуацією, коли б Раду асоціації Метрополітен-опера попросили вирішити (після слухання у відкритому засіданні та з обґрунтуванням висновку): чи буде зручно та чи відповідатиме інтересу або потребі публіки запрошення на роль примадонни в першому спектаклі сезону... Тебальді, Сазерленд чи однієї з кількох лауреаток найвищих американських премій? Примножте це сторазово; додайте примхливий на погляд елемент, що кого б не було обрано на цю роль, її можна було б доручити будь-якій з інших підхожих кандидаток; не дозволяйте раді консультуватися з тими, хто найкраще міг би допомогти; припустіть далі, що ті, хто приймає рішення, знають, що їхні дії можуть задовольнити чи не задовольнити людей, відповідальних за їхнє подальше перебування на цій посаді, і ці люди час од часу повідомляють про своє відношення в процесі прийняття рішення, — і ви матимете більш співчутливе розуміння проблеми, перед якою опинилася комісія» (с.55-56).

«Співчутливе розуміння», так переконливо відтворене в цьому уривку, на решті лекцій судді Френдлі, здається, не дуже позначилося. Він скаржиться на те, що федеральні адміністративні органи недостатньо поважають те, що було тут названо внутрішньою мораллю права. Аргументуючи необхідність чіткого визначення цими органами критеріїв, якими вони керуються У своїх діях, Френдлі пропонує міркування, що близько відповідають, а в дечому вдало доповнюють ті, які я тлумачив як складові правової моралі (с.26-33). Проте він огульно поширює ці міркування на весь адміністративний процес, мало дбаючи про відмінність між видами економічних завдань, які можуть покладатися на той чи інший орган.

Аргументація, яку я тут висуваю, полягає в тому, що завдання економічного розподілу не можна ефективно виконати в межах, установлених внутрішньою мораллю права. Спроба виконати такі завдання за допомогою судових форм, безсумнівно, Матиме наслідком неефективність, лицемірство, моральну плутанину та розчарування.

Цей аргумент знаходить, як мені здається, проміжне підтвердження в лекціях судді Френдлі. Об'єктами найсуворішої

* Harvard University Press, 1962.

його критики є Федеральна комісія зв'язку та Департамент цивільної авіації — органи, чиї головні завдання є відверто розподільними. Він схвалює Національну раду з трудових правовідносин за ясність, з якою вона визначила недобросовісність у трудовій сфері, тобто за спосіб здійснення нею юрисдикції, що близько споріднений з кримінальним правом і має віддалене відношення до чогось схожого на адміністративний розподіл ресурсів. Узагалі скрізь у лекціях Френдлі можна помітити, що похвала й осуд тісно пов'язані з відмінностями між розподільними та нерозподільними функціями. Проте і похвалу, і осуд навряд чи варто спрямовувати на окремих людей; вони мали б стосуватися придатності організаційного плану конкретного органу для виконання покладеного на нього завдання.

У намаганні пом'якшити невідповідність між процедурою та призначенням, від якої потерпають так багато адміністративних органів, Гектор* і Редфорд** запропонували (в дещо різні способи) відокремити функцію оголошення загальної політики від повсякденного вирішення конкретних справ. Пропозиція Редфорда, звісно, не знайшла «співчутливого розуміння» з боку судці Френдлі; він категорично її відкидає: «Просто я вважаю, що важко вигадати щось гірше» (с. 153). Однак припущення окремого виконання функції оголошення загального курсу являє собою ширшу й розумну спробу розв'язати проблему пристосування організаційного плану адміністративних органів до доручених їм економічних завдань. Можна уявити, наприклад, загальнодержавну політику з підвищення виробництва вуглю. Нікому не спаде на думку, що таку політику треба здійснювати через судову процедуру, обмежену своїми звичайними рамками. Що потрібно для такої політики в конкретних обставинах, має вирішуватися, звичайно, в кожному випадку окремо. Щодо цього пропозиції Гектора та Редфорда мають надзвичайне економічне значення. Проте вони не вирішують проблеми невідповідності між організаційним проектом розподільного органу та працею, яку він має виконати. Визначення вимог загальної економічної політики в конкретних випадках залишається для судового розгляду незручним завданням. Наприк-

* Hector, «Problems of the CAB and the Independent Regulatory Commissions», 69 *Yale Law Journal* 931-964 (1960).

** Redford, *The President and the Regulatory Commissions* (1960), a report submitted to the President's Advisory Committee on Government Organization.

лад, з національної політики підвищення виробництва вуглю судовий орган не зможе довідатися, ліквідувати збиткову шахту чи субсидувати її діяльність. Розумне рішення цього питання можливе лише після дослідження альтернативних варіантів використання робітників, звільнених після закриття шахти, та інших можливостей розпорядитися субсидіями.

Наголошуючи на особливому значенні розподільної функції, я, звичайно, не хочу сказати, що відмінність між розподільними та нерозподільними завданнями не має градацій. Навіть судові рішення про неконституційність якогось податку може мати наслідком залучення інвестицій до сфери, яка раніше потерпала від цього податку. Цей побічний розподільний ефект у теорії не береться до уваги як такий, що не стосується рішення. Схожим чином орган адміністративної юстиції може здійснювати процесуальні дії на підставі критеріїв, які не враховують розподільних наслідків його рішень. Так роблять місцеві податкові органи, беручи за критерій принцип відповідного прибутку на конкретне капіталовкладення. З іншого боку, якщо такий орган керується критерієм установаження місцевого податку, який сприяє достатньому припливу капіталу в цю регульовану галузь промисловості, його розподільна функція стає більш явною, але її можна замаскувати твердженням, що ця галузь потребує «звичайного» припливу інвестицій, хоча ширший погляд на економіку може спростувати це твердження. Завдання, що були колись лише випадково розподільними, зі зміною обставин можуть стати такими більш відверто. Так сталося з Міжштатною торговою комісією, коли залізниці зазнали конкуренції з боку вантажівок і літаків. Цікаво зазначити, що суддя Френдлі схвалює деякі з попередніх рішень комісії (с.27-35) і засуджує пізніші за брак «ясних критеріїв» (с. 106-140).

Проблема розробки найпридатнішого організаційного плану для державного контролювання економіки тривалий час стояла гостро. У майбутньому ця проблема, на мою думку, має стати ще більш нагальною та поширеною. Такі необхідні засоби, як деякі з наших залізниць, треба якось рятувати від їхнього економічного стану, що склався частково через розподільні наслідки (за які ніхто не бере на себе однозначної відповідальності) субсидій, наданих конкуруючим видам транспорту. У трудовій сфері багато хто з досвідчених арбітрів, які колись непохитно чинили опір примусовому арбітражному регулюванню трудових конфліктів, стали більш сприйнятливими до нього, а дехто навіть вважає його неминучим. Можна сказати, що через недбалість (яка коштувала багато мільярдів

доларів) ми розвинули нову форму змішаної економіки в цьому величезному секторі промисловості, залежному від контрактів зі збройними силами. Завдяки тому, що ця нова форма підприємництва визначається як «приватна», вона уникає того уважного розгляду, якому піддавалася б робота суто державних підприємств. Проте нерозумно вважати, що вона зазнає істотного впливу ринкової дисципліни. Якщо наші витрати на озброєння суттєво зменшаться, то, мабуть, станеться великий розлад усього механізму. І нарешті, до безладу, з яким ми ще в широкому масштабі не стикалися, спричиниться поширення автоматизації.

Якщо цим застереженням можна довіряти, то стає очевидним, що перед нами постануть безпрецедентні за обсягом і значенням проблеми організаційного планування. У розв'язанні цих проблем значну роль неминуче відіграватимуть професійні юристи. Велика небезпека полягає в тому, що ми нерозважливо переносимо в нові умови традиційні інституції та процедури, які вже продемонстрували свої недоліки. Як правники ми маємо природну схильність «піддавати судовому розглядові» кожную функцію державної влади. Винесення судового рішення — це процес, у якому ми добре обізнані та який дає нам змогу продемонструвати переваги наших особливих здібностей. Однак ми мусимо подивитися правді в очі й визнати, що суд — це неефективний інструмент управління економікою та участі держави в розподілі економічних ресурсів.

Можна заперечити, що без гарантій, які надаються судовою процедурою, державна влада стає об'єктом серйозних зловживань. Це побоювання може мати наслідком недооцінки значення довіри, пов'язаної з дорученням певних важливих завдань і можливістю виконати їх у розумний спосіб. Сьогодні жага влади найчастіше знаходить вихід в експлуатації інституційних форм, що втратили будь-яке виразне призначення. Так чи інакше, в пошуку інституційних гарантій проти зловживань нам не варто обмежуватися судовою процедурою у строгому значенні цього слова; ми можемо також брати до уваги такі моделі, як французька Державна рада, скандинавський Омбудсмен, британська Рада з питань органів правосуддя та комітети цензорів, колись запроваджені деякими американськими штатами, — цензорів, чиею функцією був не нагляд за моральністю приватних осіб, а пильність у викритті зловживань і недоліків у державній владі.

ПРАВОВА МОРАЛЬ І ПРОБЛЕМА ІНСТИТУЦІЙНОГО ПЛАНУВАННЯ

Обговорюючи межі правової моралі, я на разі намагався показати, що ефективний розподіл економічних ресурсів неможливо здійснити в рамках, установлених цією мораллю. Це, у свою чергу, унеможливорює задовільне виконання такого розподілу за допомогою судової процедури. Важливо зазначити, що міркування, висунуті мною на підтримку цих тверджень, застосовні не лише до економічної сфери у строгому значенні. Економічний розрахунок у широкому сенсі цього слова становить дедалі значнішу частину нашого життя. Жодний напрямок творчих людських зусиль не може бути цілком вільним від нього.

Демократичне суспільство характеризують два підставових процеси прийняття рішень: рішення, що виносяться безсторонніми суддями, та рішення, які приймаються голосуванням електорату чи представницького органу. Важливо нагадати, що жоден із цих процесів прийняття рішення сам по собі не може вирішити складних питань, які передбачають широкий спектр можливих рішень. Так, коли серед професорського складу Крайстчерч-коледжу виникли значні розбіжності в думках щодо найкращого проекту нової дзвіниці, навіть математичний геній Чарльза Доджсона виявився неспроможним винайти метод голосування, який зміг би подолати ці розбіжності*. У таких випадках і вирішення спору в суді, і голосування за принципом більшості залежать від певної попередньої процедури, яка звужує коло вибору. Ця процедура передбачає, як правило, ряд узгоджень і компромісів між тими, кого стосуватиметься остаточне рішення.

Проект побудови правових інституцій та процедур, безумовно, не можна створити за рішенням суду. Саме з цієї причини Верховний суд США розумно визнав, що застосування положення Конституції, яке гарантує штатам республіканську форму правління, перебуває поза межами його компетенції. Суд, що діє як такий, не може ані писати конституцію, ані здійснювати загальний адміністративний нагляд за її виконанням.

* Black, *The Theory of Committees and Elections* (1958), Ch.XX, «The Circumstances in which Rev. C.L.Dodgson (Lewis Carroll) Wrote his Three Pamphlets», pp.189-213. (У цьому захоплюючому і дещо Фрейдистському розділі розповідається, як Доджсон був змушений стати піонером математичної теорії виборів через антипатію до свого декана, батька реальної Аліси.)

Рішення у судовій справі *Baker v. Carr* * символізує певний ризик того, що позасудові процеси політичного улагодження та компромісу спричинять проблему, так би мовити, «легко-травну» для Верховного суду. Виконуючи зобов'язання, взятє ним на себе в цій справі, суд, на мою думку, буде змушений піти важким середнім шляхом. Якщо, з одного боку, він сформулює надто вибагливі та вичерпні критерії, то пригнітить необхідні попередні процеси улагодження та порозуміння сторін. Якщо ж критерії будуть надто розпливчастими, ці процеси навряд чи матимуть наслідком розв'язання проблеми, прийняте для суду.

ІНСТИТУЦІЙНЕ ПЛАНУВАННЯ ЯК ПРОБЛЕМА ЕКОНОМІЇ

У цих останніх зауваженнях, як і в усіх цих начерках, мовчазно припускається, що подібно до того, як людина у своїх діях обмежена своєю фізичною природою, вона так само обмежена й у кількості можливих варіантів улаштування свого суспільного життя. Тут, як і скрізь, вона стикається з дефіцитом і змушена розпоряджатися наявними ресурсами розумно й ощадливо.

Ризикуючи, що мені буде закинуто надто ретельний розгляд очевидного, я хочу проілюструвати цей важливий пункт одним суто гіпотетичним випадком. Припустімо, що серед батьків учнів якоїсь середньої школи виникло незадоволення щодо способу, в який окремих учнів не переводять у наступний клас, примушуючи їх до повторного проходження курсу. Незадоволення батьків є подвійним: (1) вони непевні, що рішення з цього питання приймаються правильно, бо ходили чутки про фаворитизм і недбалість у веденні документації; (2) батьки вважають, що навколо неспроможності перейти в наступний клас учиняється надто багато галасу, а тавро другорічника набирає надмірно ганебного характеру. З першого пункту батьки вимагають, щоб усі рекомендації вчителів щодо необхідності залишати окремих учнів на другий рік розглядалися комісією старших викладачів, котрі на шляху до остаточного рішення додержувалися б судової процедури, в якій зацікавленим батькам дозволятиметься брати участь, так само як мати доступ до всієї документації, що стосується справи. З другого пункту вимагається докласти узгоджених зусиль, спрямованих на пом'якшення ганебного характеру тавра, яке пов'язане з неспро-

* 82 Sup. Ct. 691 (1962).

можністю продовжувати навчання, а також зусиль з боку вчителів щодо применшення важливості відповідних рішень при обговоренні випадків повторного проходження курсу.

Отож очевидно, що ця програма поєднує в собі елементи, між якими існує дуже велика несумісність. Вправність і тактовність у виконанні програми можуть послабити її суперечливість, проте все ж таки залишається фактом: що ефективнішими є процедурні гарантії проти помилок і фаворитизму, то недвозначніше перст ганьби вказуватиме на учня, який не перейшов до наступного класу. Прилюдний суд може захистити його від несправедливості, але натомість позбавить утішливої віри в те, що вчителі, які примусили його залишитися на другий рік, не відали, що коїли.

Схожими проблемами порівняння витрат проникнуте все наше правове та політичне життя. Наприклад, якщо ставиться питання: «Скільки зусиль треба докласти, аби переконатися в тому, що жодну безневинну людину не було засуджено за вчинення злочину?» — то відповідь тяжітиме до абсолюту, і можна навіть внести пропозицію, щоб там, де йдеться про підставові людські права, такі неподобно розважливі питання навіть не порушувалися. Проте коли ми міркуємо над тим, що задля впевненості в правильності рішення доводиться витрачати дефіцитний час і що правильне рішення, якщо з ним надто довго зволікати, може зашкодити самому обвинуваченому більше, ніж швидко винесене хибне рішення, то справа повертається іншим боком. Ми усвідомлюємо тоді, що навіть у цьому разі нам доводиться робити розрахунок, який є в широкому сенсі слова «економічним», хоча грошові витрати тут зовсім не беруться до уваги.

Великою помилкою буде трактувати проблеми проектування та врядування наших інституцій так, нібито питання полягає лише в порівнянні між собою їхніх реальних цілей. Адже інституції мають особливу цілісність, яку треба поважати заради їхньої загальної ефективності. Я детально розвинув це питання відносно внутрішньої моралі права. У поданому нижче Уривку з Генрі М.Харта воно належним чином поширене на інституції та процедури взагалі:

«У кримінальному праві, як і в усьому праві, питання щодо необхідних дій не вирішуються в інституційному вакуумі, а виникають в контексті певної встановленої та специфічної процедури прийняття рішення: в установчому зібранні; в законодавчому органі; в прокуратурі; в суді, якому поставлено за обов'язок визначати наявність чи відсутність провини; в суді, який

виносить вирок; у раді з питань умовно-дostroкового звільнення тощо. Це означає, що кожний орган, який ухвалює рішення мусить завжди брати до уваги своє власне місце в інституційній системі й те, що потрібно для підтримання цілісності та працездатності системи загалом. Інакше кажучи, він має слугувати певному комплексу інституційних цілей так само, як комплексу реальних соціальних цілей. Вважається аксіомою, що кожний такий орган має приймати ті рішення, які найкраще відповідають його місцю в інституційній структурі»*.

Хоча професор Харт конкретно посилається на кримінальне право, він дає зрозуміти, що порушені ним проблеми стосуються державного устрою в цілому. Я вважаю (з причин, які вже підкреслювалися), що ці проблеми належного проектування та координації наших правових інституцій в наступні роки, безумовно, стануть ще нагальнішими. Їхнє розв'язання потребуватиме серйозних спільних зусиль з боку тих, хто здатний їх зрозуміти. Істотним стане щось на зразок духу газети «The Federalist» — духу разом допитливого й конструктивного.

На жаль, цього духу, здається, дуже бракує в нашому сучасному інтелектуальному кліматі. З одного боку, є компетентні вчені, які ніби заперечують саме існування проблем інституційного проектування. Складається враження, що їхня програма полягає в максимальному використанні державної влади (без будь-якого дослідження її моральних джерел) для тих цілей, які вважаються гідними в даний момент. З іншого боку, є ті, хто (користуючись моєю термінологією) приписує ці проблеми не стільки моралі прагнення, скільки моралі обов'язку. Вони протистоять думці, нібито розв'язання цих проблем вимагає якогось економічного розрахунку або застосування принципу граничної корисності. Зі своїх укріплених позицій вони, схоже, вважають погляди тих, хто з ними не погоджується, не лише хибними, а й беспринципними та аморальними.

На щастя, ці суперечності зовсім не такі непохитні, як можна припустити на підставі щойно викладеного. Ми сподіваємося, що в майбутньому й надалі наводитимуться мости між крайнощами, тому що здатність винаходити відповідні інституції та процедури для розв'язання своїх проблем є, мабуть, головною ознакою цивілізованого суспільства. В усякому разі, ця здатність є головним засобом, за допомогою якого цивілізація може сподіватися на виживання у світі, що зазнає радикальних змін-

* Henry M. Hart, «The Aims of Criminal Law», 23 *Law and Contemporary Problems* 401-441, at p.402 (1958).

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ МОРАЛЬНОЇ СПІЛЬНОТИ

Досі на цих сторінках обминалося мовчанням головне питання: хто входить до моральної спільноти — спільноти, в якій люди несуть обов'язки один перед одним і можуть свідомо поділяти спільні прагнення? На прямолінійному сучасному жаргоні це питання матиме такий вигляд: кого можна зарахувати до «своїх»?

Це проблема, яка турбувала всіх філософів моралі. Без функціонуючої спільноти, згуртованої завдяки взаємним інтересам, створення морального кодексу — завдання не складне. Досить легко виявити в цій ситуації певні правила обмежень і співробітництва, важливі для задовільного життя в спільноті та для її успіху як одного цілого. Проте ця віра в моральну оцінку здобувається певною ціною, бо якщо не існує раціональних принципів визначення, кого включати до цієї спільноти, сам внутрішній кодекс ґрунтується на тому, що виглядає по суті випадковим засновком.

Чи існує якесь рішення цієї дилеми? Якщо так, то його не можна здобути з моралі обов'язку, бо ця мораль за своєю суттю є мораллю групи «своїх». Вона передбачає живий контакт між людьми — чи то у вигляді явної взаємності, чи то у мовчазній взаємності, втіленій у формах організованого суспільства.

Однак певною мірою розв'язати цю проблему може допомогти мораль прагнення. Найяскравіший вираз цієї можливості можна знайти в Біблії. Мораль обов'язку, викладена в Старому Завіті, включає наказ: люби ближнього свого, як себе самого. У Новому Завіті розповідається про суперечку навколо цього наказу між законником і Христом. Той, відчуючи, що в Цьому вислові міститься певне утруднення, схотів перевірити здатність Христа тлумачити біблійні тексти. Він спитав: «А хто є моїм ближнім?».

З цього приводу Христос не відповідає: «Твоїм ближнім є кожний; ти зобов'язаний любити всіх людей, навіть твоїх ^ворогів», — а розповідає притчу про доброго самаритянина*. Одного чоловіка побили злодії, залишивши його ледь живим. Двоє членів його спільноти пройшли повз нього, не надавши Допомоги. Тоді один із нехтуваних самаритян (тобто член групи «чужих») перев'язав йому рани й доглянув його. Христос закінчує запитанням: «То хто ж із цих трьох, на твою думку, ^у ближнім для нього, що потрапив до злодіїв?».

* % ка 10:25-37.

Значення цієї притчи, я вважаю, полягає не в тому, щоб Ми включали кожного до моральної спільноти, а в тому, щоб ми за кожної нагоди прагнули розширити цю спільноту, по можливості включивши до неї всіх людей доброї волі.

Проте певне утруднення все ж таки залишається. Мораль прагнення висловлюється не імперативно, а через похвалу, добру пораду та заохочення. Чи не існує більш міцної підстави для вирішення питання про членство в моральній спільноті?

Я вважаю, що в одній ситуації вона існує. Я викладу цю ситуацію абстрактно, хоча вона аж ніяк не є гіпотетичною. В одному політичному суспільстві живуть люди, які, за прийнятою характеристикою, належать до різних рас. Ці люди жили разом багато років. Кожна група зробила свій внесок до мови, мислення, музики, гумору та мистецького життя іншої групи. Разом вони створили спільну культуру. Чи існує моральний принцип, який може змусити провести межу між ними та відмовити одній групі в доступі до суттєвих цінностей, необхідних для побудування задовільного й гідного життя?

На мою думку, існує. У цьому разі мораль прагнення користується мовою так само імперативною, як і та, що є типовою для моралі обов'язку, тож відмінність між ними в цьому пункті знищується. Мораль прагнення — це, врешті-решт, мораль людського прагнення. Вона не може відмовляти людям у людських якостях, не зрікаючись самої себе.

У Талмуді є таке речення: «Якщо я не буду за себе, то хто буде за мене? Якщо за мене — лише я сам, то хто я такий?»*. Якщо сформулювати це у множині, то можна сказати: «Якщо ми не будемо за себе, то хто буде за нас? Якщо за нас — лише ми самі, то хто ми такі?». Яку б відповідь ми не дали на це останнє запитання, вона має ґрунтуватися на тому, що ми вище за всіх інших людей. Якщо ми хочемо кваліфікувати свою відповідь, додавши певний біологічний ярлик до свого імені, то відмовляємо самим собі в людській якості, намагаючись виправдати відмову в ній іншим.

МІНІМАЛЬНИЙ ЗМІСТ СУТТЄВОГО ПРИРОДНОГО ПРАВА

Намагаючись зрозуміти, чи можливо вивести з моралі прагнення щось більш імперативне, ніж просто поради й заохочення, я поки що зробив висновок, що оскільки мораль прагнення — це обов'язково мораль людського прагнення, вона не

* Aboth, Ch. 1, Mishnah 14.

може відмовляти в людській якості тим, хто її має, не втративши своєї чистоти. Чи можна вивести ще щось?

Цю проблему можна сформулювати інакше. У третьому розділі, те, що ^я назвав внутрішньою мораллю права, тлумачилося мною як один із різновидів природного права. Однак це — процедурний чи інституційний різновид, хоча (як я намагався довести в цьому розділі) він впливає на суттєві цілі, яких можна досягти за допомогою права, й обмежує їх. Та чи можемо ми вивести із самої моралі прагнення будь-яке положення природного права, що за своєю якістю є більш суттєвим, аніж процедурним?

У своїй «Концепції права» Х.Л.А.Харт пропонує те, що він називає «мінімальним змістом природного права» (с. 189-195). Розпочавши з окремої мети — виживання людини, яке, на його думку, відбувається в певних установлених іззовні умовах, Харт виводить (за допомогою процесу, який я схарактеризував би як цілеспрямоване включення) досить всеохопну сукупність норм, які можна назвати нормами природного права. Те, що він так цікаво обговорює, є різновидом мінімальної моралі обов'язку.

Як і кожна мораль обов'язку, цей мінімальний природний закон нічого не говорить нам з приводу проблеми: кого включати до спільноти, яка схвалює й намагається колективно здійснити спільну мету виживання? Коротше: хто виживе? Не робиться жодної спроби відповісти на це питання. Харт просто зауважує, що «нас цікавлять соціальні заходи для безперервного існування, а не порядки клубу самогубців».

На підтримку свого вихідного пункту — виживання — Харт висуває два аргументи. Один фактично полягає в твердженні, Що виживання є необхідною умовою будь-якого іншого людського досягнення та задоволення. Проти цього нема чого заперечити.

Однак поряд із трактуванням виживання як передумови будь-якого іншого людського блага Харт висуває зовсім інші аргументи на користь свого вихідного пункту. За його твердженням, люди правильно зрозуміли, що в «скромній меті виживання» полягає «головний безперечний елемент, який надає термінології природного права емпіричного здорового глузду». Далі він стверджує, нібито в телеологічних елементах, якими проникнуте ^все моральне та правове мислення, є «мовчазне припущення, [•]що справжньою метою людської діяльності є виживання». Він ^{3а}Уважає, що «переважна більшість людей хоче жити, навіть Ціною жажливих страждань».

У цих деклараціях Харт, я гадаю, стає на більш сумнівний ^гРунт. Адже він уже не заявляє, що виживання є обов'язковою

умовою досягнення інших цілей, а, схоже, стверджує, що воно являє собою осереддя й головний елемент усіх людських прагнень. З цим, я вважаю, не можна погодитися. Як зауважив давним-давно Фома Аквінський: якби найвищою метою капітана було зберегти своє судно, то він завжди тримав би його в порту*. Щодо твердження, нібито переважна більшість людства бажає продовжувати жити навіть ціною жахливих страждань то це здається мені сумнівною істиною. Якби це було так, то я не впевнений, що це мало б якесь конкретне відношення до теорії моралі.

Пошук Хартом «головного безперечного елемента» в людських зусиллях викликає запитання, чи може цей пошук насправді бути успішним. Я вважаю, що якби нам довелося обирати принцип, який виправдовує й надихає будь-яке людське прагнення, ми знайшли б його в меті підтримання зв'язку зі своїми сорабрами.

Перш за все (залишаючись у межах аргументації Харта) людство виявилось спроможним дожити аж до сьогодні завдяки своїй здатності до комунікації. У суперництві з іншими істотами, нерідко сильнішими й інколи наділеними гострішими почуттями, людина досі була переможцем. Цією перемогою вона завдячує своїй спроможності нагромаджувати й передавати знання, а також свідомо й розважливо координувати зусилля з іншими людьми. Якщо в майбутньому людині вдасться подолати власні саморуйнівні сили, то це відбудеться завдяки тому, що вона здатна спілкуватися й досягати взаєморозуміння зі своїми сорабрами. І нарешті, я сумніваюся, щоб більшість з нас бажали би продовжувати життя у вигляді якогось рослинного існування без можливості розумного контакту з іншими людськими істотами.

Комунікація — це дещо більше, ніж один із засобів продовження життя. Це один із способів існування. Саме завдяки комунікації ми успадковуємо результати минулих людських зусиль. Можливість передавати інформацію здатна примирити нас із думкою про смерть, бо вона гарантує нам, що наші досягнення збагатять життя тих, хто прийде нам на зміну. Залежно від того, як і коли ми передаємо інформацію один одному, розширюються чи звужуються межі самого буття. Як казав Вітгенштейн: «Межі моєї мови є межами мого світу».

* *Summa Theologica*, Pt.I-II, Q.2, Art.5. «Отже, капітан не має на увазі як остаточну мету збереження дорученого йому судна, бо суди⁰ має дещо інше призначення, а саме — судноплавство».

Отже, якби мені запропонували визначити один безперечний принцип того, що можна назвати суттєвим природним правом — Природним Правом з великої літери, — то я знайшов би його в повелінні: відкривайте, підтримуйте й зберігайте цілісність засобів передачі інформації, через які люди можуть повідомляти один одному про свої враження, почуття та бажання. У цій сфері мораль прагнення пропонує дещо більше, ніж добра порада та претензія на досконалість. Тут вона промовляє владним голосом, який ми звикли чути від моралі обов'язку. І якщо люди слухатимуть, то цей голос, на відміну від голосу моралі обов'язку, буде чути через кордони та бар'єри, які зараз їх роз'єднують.

V

ВІДПОВІДЬ НА КРИТИКУ

У суперечці із самим собою, яка передувала рішенню додати цей розділ до своєї книги, я дуже добре усвідомлював вагомі аргументи проти цього. По-перше, за моїми спостереженнями, автори, як правило, роблять собі погану послугу, намагаючись захистити свої книжки від критичного аналізу. Критик перебуває в кращому становищі, бо його функція цілком зрозуміла. Сподівання читачів примушують його перебирати на себе роль рішучого обвинувача; якщо він досить чесний і дотримується фактів, то йому охоче нададуть дозвіл на захист, і це може, зрештою, справді бути в інтересах істини.

Авторові, який захищає свій твір, протистоять зовсім інші очікування. Він опублікував свою книгу, тобто йому вже було надано можливість бути вислуханим у суді, і тепер йому нібито личить лише спокійно чекати на вердикт, винесений розумним і безстороннім читачем. Крім того, будь-яка відповідь на критичні рецензії має тенденцію до плутанини, в якій звинувачення в хибному тлумаченні змішуються з новими формулюваннями того, що нібито хотів сказати автор, до них недоладно приплутуються захист і контрнатуп, а завершується це туманними натяками на те, що лише за браком місця автор не може з усією категоричністю продемонструвати цілковиту помилковість поглядів своїх критиків. Коротко кажучи, спроби самовиправдання, як правило, болісні для всіх, кого це стосується. У моїй професії існує таке прислів'я: немає гіршого становища для юриста, ніж захищати в суді власну справу.

У даному випадку також була думка, що будь-яка «відповідь на критику» означатиме продовження дискусії між Х.Л.А.Хартом і мною, яка точиться вже більше десяти років. Вона розпочалася, коли професор Харт опублікував Холмсівську лекцію, прочитану ним у Гарвардському юридичному коледжі у квітні 1957 р.* У цій лекції він зробив спробу захистити правовий

* «Positivism and the Separation of Law and Morals», 71 *Harvard Law Review* 593-629 (1958).

позитивізм від критичних зауважень з мого боку та з боку інших. Першою спробою завдати контрудару став мій критичний коментар до цієї лекції*. Третій раунд був відзначений публікацією «Концепції права» Харта; четвертий відбувся, коли вийшло друком перше видання цієї моєї праці; п'ятий — коли Харт опублікував її критичний аналіз**. Таке відчуття, що в якийсь момент цьому обміну має настати край. **Interest reipublicae ut sit finis litium.** [Припинення суперечок — в інтересах держави.] Як зауважив Ернест Нейджл у четвертому, і останньому, раунді дискусії, яка відбувалася між нами в 1958 та 1959 р.: «Взагалі кажучи, у спростуваннях заперечень проти відповідей можна знайти не великий поживок для розуму»***.

Останній стримуючий фактор полягає в існуванні величезної кількості рецензій та висловленому в них різноманітті думок****, не говорячи вже про доповіді на симпозіумі, що відбувся 2 квітня 1965 р.⁺, або про окремі оцінки моєї книги, наведені в найрізноманітніших статтях⁺⁺. Для відповіді на кожне з порушених у цих відгуках питань знадобився б справді дуже довгий розділ.

* «Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart», 71 *Harvard Law Review* 630-672 (1958).

** 78 *Harvard Law Review* 1281-1296 (1965).

*** Ernest Nagel, «Fact, Value and Human Purpose», 4 *Natural Law Forum* 26-43, at p.26 (1959).

**** Загалом з'явилося приблизно 46 рецензій.

«The Morality of Law — A Symposium», 10 *Villanova Law Review* 631-678 (1965). Окремими доповідями були: Murray, «Introduction to the Morality of Law», 624-630; Dworkin, «The Elusive Morality of Law», 631-639; Cohen, «Law, Morality and Purpose», 640-654; Fuller, «A Reply to Professors Cohen and Dworkin», 655-666; коментарі: John E. Murray, Jr., 667-670; E. Russell Naughton, 671-672; Francis H. Parker, 673-675; Donald A. Giannella, 676-678.

Anastaplo, «Natural Right and the American Lawyer», *Wisconsin Law Review* 322-343 (1965); Dworkin, «Philosophy, Morality, and Law — Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim», 113 *University of Pennsylvania Law Review* 690 (1965); Hughes, 1964 *Annual Survey of American Law — Jurisprudence* (1965), New York University, pp.693-697; King, «The Concept, The Idea, and The Morality of Law», *Cambridge Law Journal* 106-128 (1966); Lewan, «Die Rechtsphilosophie von Fullers», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 377-413 (1966); Sturm, «Lon Fuller's

Незважаючи на згадані побоювання, я вирішив усе ж таки в цьому новому й останньому розділі не лише продовжити свою дискусію з Хартом, а й відповісти деяким іншим критикам. д⁰ такого рішення мене спонукало кілька міркувань.

Одне з них пов'язане з деякими твердженнями, що містяться в рецензії Харта. У своєму першому абзаці він зауважує, щ⁰ можливо, «наші вихідні пункти й інтерес до правознавства такі різні», що він і я «приречені ніколи не зрозуміти праць один одного». Коли з'явилися критичні огляди моєї книги, я сам почав дедалі більше усвідомлювати міру, якою ця дискусія насправді залежала від «вихідних пунктів», тобто не від того, що її учасники говорили, а від того, що вважали за непотрібне говорити, не від ясно висловлених принципів, а від мовчазних припущень. Отже, треба було, як мені здавалося, надати цим мовчазним припущенням більш адекватного виразу, ніж це досі вдавалося обом сторонам дискусії.

До цієї спроби мене заохотило також певне пояснення після заключних слів хартового огляду, — слів, які немовби натякають на його власне розуміння підставових відмінностей між нашими «вихідними пунктами»:

«На завершення я хотів би сказати: достоїнства та вади цієї книги, на мою думку, походять з одного й того самого джерела. Автор усе своє життя був закоханий в ідею мети, а ця пристрасть, як і будь-яка інша, здатна і надихати, і засліплювати людину. Я спробував показати, як те й інше сталося з автором. Його натхнення таке велике, що я бажаю йому не припиняти свого довготривалого союзу з цією *idée maitresse* [головною ідеєю]. Проте я хотів би, щоб цей піднесений роман набув дещо спокійнішої форми. Коли це станеться, численні читачі автора відчують зниження температури, але це буде цілком достатньо компенсовано підвищенням освітленості»*.

Цю «любовну» риторичну фігуру (хоча й дещо занадто яскраву, на смак її жертви) я припускаю як законний літературний прийом. На мою думку, Харт намагається повідомити за її допомогою, що я надаю надмірного значення меті й що мені не завадило б у своїх міркуваннях применшити це значення. Я вважаю, що Харт надає меті надто малого значення; він страждає на позитивістську ілюзію, нібито певного здобутку (несформульованого й не проаналізованого) можна досягти вже самим

Multidimensional Natural Law Theory*, 18 *Stanford Law Review* 612-639 (1966).

* 78 *Harvard Law Review* 1295-1296 (1965).

розглядом, у міру своїх можливостей, цілеспрямованих заходів так, немовби вони не слугують жодній меті.

Ще одна подія, яка спонукала мене до цієї «Відповіді на критику», сталася в листопаді 1966 р. Це була поява статті, в якій сповіщалося про виникнення нової школи філософії права, що дістала назву «Нові правознавці-аналітики»*. Визнаним лідером цього філософського напрямку є Х.Л.А.Харт. Сама школа характеризується як «менш позитивістська», ніж її попередники, хоча вважається, що більшість її прихильників залишаються позитивістами в тому сенсі, що сповідують стрижневе положення: «право, яким воно є, можна чітко відрізнити від права, яким воно має бути». Непрофесіоналові це положення, мабуть, здається надто очевидною істиною, щоб виправдати піднесення над ним якогось філософського прапора; для правника, обізнаного в питаннях тлумачення, воно означатиме безліч проблем, які стаття Саммерса навряд чи мала на увазі.

Хоча на завершення своєї статті Саммерс стверджує, нібито «професіональна зацікавленість у новому аналітичному правознавстві зростає з кожним роком», він, здається, весь час відчуває певні труднощі з чітким формулюванням того, які саме переконання об'єднують прихильників цієї нової філософської школи. Я гадаю, що можу допомогти йому в цьому. За словами Саммерса, до послідовників нового аналітичного правознавства належать Харт, Рональд Дворкін і він сам. Він також вважає Маршалла Коена філософом, який мислить і пише в дусі «нових правознавців-аналітиків». Ці четверо написали загалом приблизно дев'яносто сторінок критичних коментарів до моєї книжки. Можу засвідчити, що їхня реакція відзначається дивною одностайністю: цілі абзаци можна перенести з однієї рецензії до іншої без помітного порушення логічної послідовності думки. Цілком очевидно, що й тут ми маємо справу не з чітко висловленими теоріями, а з тим, що Харт назвав «вихідними пунктами». Можливо, далі в тексті я зможу визначити ці вихідні пункти ясніше, ніж на це спромоглися самі «нові правознавці-аналітики».

Summers, «The *New Analytical Jurists*», 41 *New York University Law Review* 861-896 (1966).

СТРУКТУРА АНАЛІТИЧНОГО ПРАВОВОГО ПОЗИТИВІЗМУ

У цьому підрозділі я спробую сформулювати головні інтелектуальні засновки аналітичного правового позитивізму. За допомогою прикметника «аналітичний» я маю на думці виключити біхевіорально-модельний позитивізм того типу, який пропонувався в розпалі руху, названого «американським правовим реалізмом», для визначення права як «моделі поведінки суддів та інших посадових осіб»*. Термін «аналітичний» доречний також для передачі певного інтелектуального настрою, який отримує більше задоволення у відокремленні речей, ніж в досягненні їхньої сумісності та спільного функціонування. Позитивісти-аналітики справді не дуже зацікавлені у виявленні елементів прихованого взаємозв'язку, з яких народжується (хоча й завжди з певними вадами) те, що ми не випадково називаємо правовою системою.

Структура мислення, яку я спробую тут описати, взагалі є спільною для Остіна, Харта та Кельзена. Презентуючи її, я лише інколи торкатимуся внутрішніх дискусій поміж прихильниками позитивістської позиції. Отже, обмежившись головними «вихідними пунктами» позитивістських переконань, я виокремив би п'ять із них.

Перше: позитивіст-аналітик розглядає право як односторонню проекцію влади, що походить з якогось легалізованого джерела й нав'язує себе громадянину. Він не вважає істотним елементом створення правової системи те чи інше мовчазне співробітництво між законодавцем і громадянином; вважається, що закон просто впливає на громадянина — морально чи аморально, справедливо чи несправедливо, залежить від обставин.

Друге: позитивістська філософія запитує у права, не що воно таке чи що воно робить, а звідки воно; її турбує насамперед питання: хто може законодавствувати? Внутрішні суперечки в школі правового позитивізму майже цілковито пов'язані з проблемою визначення принципу чи принципів, за якими розподіляється право на створення законів. Так, у Остіна ми зустрічаємо «одного чи кількох суверенів, які користуються звичкою до покори», у Кельзена — постульовану «Grundnorm» [базову норму], а в Харта — «емпірично» обґрунтоване «правило

Згадки про біхевіорально-модельний правовий позитивізм можна знайти в моїй книзі *The Law in Quest of Itself* (1940, 1966), pp.53-57.

визнання»*. Звичайно, позитивізм здатний визнати, що уповноважений законодавець може не мати права приймати окремі Тіши законів — наприклад, у тих випадках, коли писана конституція забороняє певні види застосування законодавчої влади. Але жоден сучасний позитивіст не припускає у своїх думках будь-яких обмежень, що містяться в самому «занятті правом», якщо скористатися улюбленим висловом Карла Длевеліна.

Третє: прихильник правового позитивізму фактично не вважає, що законодавцеві належить якась особлива посада, роль чи функція. Якби ми говорили про виконання ним якоїсь ролі, то це означало б, що його роль має бути узгоджена з додатковими ролями інших, у тому числі з роллю звичайного громадянина. Усякий подібний погляд поставив би під загрозу спробу розглядати право як односторонню проекцію влади.

Четверте: оскільки не вважається, що законодавцеві належить певна особлива й обмежена роль, то виконанню його функцій не властиве те, що можна було б назвати «мораллю ролі». Звичайний юрист, безумовно, дотримується якогось кодексу, що керує його поведінням з клієнтами, колегами, суддями та публікою. Цей кодекс є не просто новим формулюванням моральних принципів, що керують людською поведінкою взагалі; він встановлює додаткові спеціальні стандарти, застосовні до виконання тієї чи іншої особливої соціальної функції. Проте в позитивістській філософії немає місця для подібного етичного кодексу, що керує роллю законодавця. Якщо законодавець приймає те, що Харт називає «несправедливими» законами, він, звичайно, грішить проти загальної моралі, але якоїсь спеціальної моралі, застосовної до його праці, не існує.

Я гадаю, немає потреби спеціально зупинятися на тому, що викладені чотири елементи позитивістських переконань є взаємозалежними; кожний із них в якомусь сенсі має на увазі інші.

* Я не намагаюся тут або деінде дати критичну оцінку хартової ідеї «правила визнання». Зацікавлений читач знайде таку оцінку в працях: Sartorius, «The Concept of Law», *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie* 161-190 (1966) та Dworkin, «The Model of Rules», 35 *University of Chicago Law Review* 14-46 (1967). З цих двох статей стає ясно, що «правило визнання» — зовсім не таке просте поняття, як це може здатися на підставі подання його Хартон. Залишається значною мірою недослідженою і нероз'ясненою можливість його «емпіричного» обґрунтування замість «постулювання» на кшталт кельзенової «базової норми».

Усі вони можуть бути підсумовані зауваженням, що позитивіст не визнає у функціонуванні правової системи нічого, що можна дійсно назвати соціальним виміром. Позитивіст розглядає закон у момент його прийняття законодавцем і потім — у момент його впливу на суб'єкт права. Він не бачить законодавця та громадянина у взаємодії один з одним, а відтак неспроможний зрозуміти, що створення ефективної взаємодії між ними є істотною складовою самого закону.

Досі я не враховував п'ятого й найголовнішого пункту позитивістського кредо. Він полягає в переконанні, що ясне мислення можливе лише за умови чіткого відокремлення свідомого зусилля, спрямованого на законотворчість, від закону, який фактично виникає з цього зусилля. Може здатися, що цей аспект позитивістської філософії (який насправді є тим, що виправдовує її назву) не пов'язаний з чотирма іншими. Проте між ними існує тісний зв'язок.

Саме у сфері людської взаємодії найважче зберігати позитивістське ставлення до дійсності. І навпаки, там, де людську діяльність можна вірогідно розглядати як однобічно скеровану, відданість позитивізму спричиняється до мінімальних утруднень. Якщо А намагається досягти певної мети, впливаючи на інертного В, то ми можемо сподіватися на досить успішне розрізнення між метою А — тим, чого він намагається досягти, — і результатом цієї дії, тобто певною зміною у зовнішньому світі. Якщо А є хірургом, який оперує В під наркозом, ми можемо сказати, що А намагається досягти певного точно визначеного результату, і поставити правомірне запитання, якого результату він досягає насправді. Певна річ, якщо я не хірург, я не можу, спостерігаючи за операцією, по-справжньому зрозуміти, що відбувається, — хіба що в загальних рисах; особливі рухи рук хірурга, інструменти, які він застосовує, та інші деталі, по суті, не фіксуються моїм сприйняттям. Усі ці деталі мали б значення для іншого хірурга, присутнього на операції, — просто тому, що він здатний збагнути *мету* цього процесу і взяти в ньому свідому участь. Однак незважаючи на цю обмежену здатність розуміти те, що відбувається, я все ж таки можу стверджувати, що як непрофесіонал отримав принаймні загальне уявлення про призначення операції і про те, що воно було чимось цілком відмінним від її фактичного результату, незалежно від того, розглядати цей результат як успіх чи як невдачу з погляду мети, яку поставив собі хірург.

Припустімо, однак, що не А впливає на інертного В, а що А й В — це дві особи у свідомій та енергійній взаємодії. Наприк-

лад, вони взяли за якийсь спільний замір. Вони ще не узгодили умови свого співробітництва, але коли їхнє підприємство вже функціонує, починають домовлятися (на словах — відверто, а за вчинками — приховано) про щось на зразок конституції, яка регулювала б їхні стосунки між собою. У своїх словах, жестах і діях кожний орієнтується на те, чого, на його думку, прагне інший, а також частково на ті прагнення, які, на його думку, інший приписує йому самому. Тут із взаємодії сторін не виникає непорушних фактуальних даних, які можна віднести на рахунок тих цілей, що їх спричинили. Якість і умови стосунків, що виникають між сторонами (якщо хочете — їхні «закони»), становлять важливу соціальну реальність, але це реальність, яку створили й підтримують цілеспрямоване зусилля і спосіб тлумачення однією стороною цілей іншої.

Те, що я зараз намагався передати, яскраво висловлено в наступному уривку з однієї наукової праці, присвяченої соціології взаємодій: «Отже, реальність у цьому безперечно людському світі не є сталою, непорушною, вона нетривка й підлягає розглядові, щодо неї можна сперечатися, доходити згоди й видавати закони»*.

Тож я вважаю невинновим, що елементи взаємодії, які створюють закон і надають йому значення, позитивіст-аналітик відсуває вбік і значною мірою ігнорує, бо інакше йому було б дуже важко зберегти основні пункти своєї віри.

Усі ці зауваження було зроблено не тому, що я вважаю, нібито вони якось долають проблему, що її зазвичай називають проблемою дихотомії «факт—цінність». Усе, що я тут висловив, мало за мету лише встановлення зв'язку між цим питанням та іншими принципами позитивізму. Якщо в цій спробі я викривив загальну позитивістську позицію або погляди окремих позитивістів, особливо «нових правознавців-аналітиків», то я готовий до того, щоб мене виправили. Розшифровування мовчазних припущень інших науковців — ризикована справа, але заради ефективного обміну інформацією така спроба інколи потрібна.

Перш ніж безпосередньо перейти до своєї «Відповіді», я хотів би доповнити наведене вище роз'яснення згадкою про дві інтелектуальні течії, які, на мою думку, вплинули на «нових правознавців-аналітиків» і сприяли формуванню їхньої філософії. Одна з них — це філософія спільної мови, пов'язана з іменем Дж.Л.Остіна, інша — утилітаризм.

* McCall and Simmons, *Identities and Interactions* (1966), p.42.

У загальних рисах практика філософії спільної мови полягає у виявленні та роз'ясненні відмінностей, відбитих у повсякденному лінгвістичному вжитку. У якій би сфері ми не знаходили ці відмінності, існує немовби якась підстава задалегідь вважати, що вони виявляються обґрунтованими та корисними й що, одного разу чітко і всебічно їх сформулювавши, немає потреби йти далі. Прикладом такої методики є жвавий інтерес Харта до відмінності між висловами «бути зобов'язаним» і «мати зобов'язання». Завдяки цьому методі було зроблено певні корисні відкриття, бо в щілинах повсякденної мови дійсно ховається безліч мовчазної й тонкої мудрості. Але ті, хто практикував цей метод, мали тенденцію вважати за самоціль те, що слід було розглядати як корисний додаток до філософської думки. Як зауважив Стюарт Гемпшир, поміж філософами-лінгвістами немовби припускається, що відмінності, витягнуті зі звичайної мови, мають корисність, яка не залежить від контексту будь-якої конкретної проблеми, й що ці відмінності можуть вільно переходити від однієї проблеми до іншої*. Я згоден з Гемпширом, що це серйозна помилка.

Пізніше я зверну увагу на кілька прикладів того, як припущення звичайної мови ввели в оману (на мою думку) деякого з моїх критиків. На разі дозвольте мені відзначити лише одне показове виявлення духу цієї філософії. На с.119-124 я говорив, що проблеми, пов'язані зі збереженням чистоти правової системи, були типовими не лише для права штатів і федерального права США, вони вплинули також на створення та застосування внутрішніх норм права таких асоціаційних форм, як церкви, клуби, університети і профспілки. Тому я заявив, що з погляду мого дослідження внутрішні правила цих органів є «правом». Харт називає це твердження «зухвалим»**, а Саммерс був ним так знервований, що не знайшов нічого кращого, як назвати його ще одним прикладом того, що він вважає за своє довічне інтелектуальне присвячення (мається на увазі відданість діяльності, яку він характеризує як «прагнення своєкорисливої мети»***). Я впевнений, що в безсторонньому аналізі треба доз-

* Hampshire, «J.L.Austin and Philosophy», 62 *Journal of Philosophy* 511-513 (1965).

** «До цієї широкої концепції права включено навіть правила клубів, церков, навчальних закладів і сотні інших форм громадських об'єднань». 78 *Harvard Law Review* 1281 (1965).

*** Summers, 18 *Journal of Legal Education* (1965), at p.22. У III рецензії професор Саммерс шість разів знаходить привід визна-

воляти робити припущення, що звичайний вжиток слова «право» може як заплутувати, так і виявляти суттєві аналогії.

Другий із основних впливів на мислення «нових правознавців-аналітиків» походить від утилітаристської філософії. Часто вважається, що головною вадою утилітаризму є тенденція до тривіалізації цілей. На мою думку, більш засадничою помилкою є фальсифікація зв'язку між засобами і цілями — помилкою, яку так званий нормативний утилітаризм пом'якшує, але не виправляє. Філософія утилітаризму підштовхує нас до інтелектуально лінивої ідеї, нібито засоби — це лише питання доцільності й нічого загальноістотного про них сказати не можна; через цю філософію ми забуваємо, що в правовій системі, як і взагалі в інституційних формах суспільства, те, що є засобом з одного погляду, з іншого є метою, і що засоби та цілі пов'язані між собою стосунками взаємодії, яка стає дедалі ширшою.

ЧИ Є ПЕВНИЙ МІНІМУМ ПОВАГИ ДО ПРИНЦИПІВ ЗАКОННОСТІ СУТТЄВИМ ДЛЯ ІСНУВАННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ?

У другому розділі я зазначив, що певне досить значне відхилення від принципів законності, сформульованих у ньому, призводить не просто до поганих законів, а до відсутності права взагалі. Чи погоджуються мої критики з цим висновком? Здається, так.

У своїй «Концепції права», частково відповідаючи на питання, що їх я порушив у нашому обміні думками 1958 р., Харт погоджується з твердженням, що для створення права потрібний певний мінімум поваги до того, що «правники називають принципами законності»*. У схожому настрої пише Коен: «Запропоновані Фуллером канони... є... прийнятним започаткуванням створення сукупності умов, необхідних для існування (сучасної) правової системи... Можна посперечатися щодо фуллерового переліку, однак немає сумніву в доцільності такого переліку». Дворкін висловлюється так: «Я приймаю висновок Фуллера, що певна міра згоди з його вісьмома канонами права необхідна для створення (або, що однаково важливо, застосування) будь-якого права, навіть поганого». Саммерс більш обережний: «Принаймні деякі з опонентів [Фуллера] не заперечу-

чити окремі місця моєї книги як «прагнення своєкорисливої мети»; див. с.15, 18, 19, 20, 22 та 24.

* Р 202.

ватимуть проти того, що якщо нам узагалі потрібно право, **ц**и мусимо певною мірою погоджуватися з [його] 'принципами законності'».

Отже, четверо моїх критиків не приймають Кельзенової доктрини «тотожності права та держави»; вони не стверджують нібито будь-що (навіть рохкання чи буркотіння) є законом, якщо відповідає єдиній умові — походить із джерела, визначеного «правилом визнання»; вони поділяють погляд, що перш ніж назвати законом те, що походить з цього джерела, треба узгодити його з певними стандартами, які дозволять йому виконувати розумні функції в житті людей.

Тож із цього загального питання згода між моїми критиками та мною здається, принаймні на словах, повною. Якою мірою ця видимість згоди приховує підставові відмінності, на жаль, не можна визначити, не вдаючись до забороненого поняття Мети; інакше кажучи, ми маємо запитати: якій меті слугує право, яке, за визначенням, не може «існувати» без певної мінімальної поваги до принципів законності? Я боюся, що в процесі цього дослідження ми виявимо, що в моїх критиків і в мене цілком різні відповіді на запитання «для чого?». Проте на разі я хочу відкласти це дослідження, бо більш доречним контекстом для нього буде мій наступний розділ.

Тимчасом я хотів би коротко зупинитися на одному другорядному питанні, порушеному Дворкіном. Воно полягає в твердженні, нібито існування права не може бути справою міри; право або існує, або ні, воно не може існувати наполовину. «Деякі поняття майже завжди пов'язані з мірою (одним із прикладів є плішивість)», але право не належить до цієї категорії. Якщо ми хочемо говорити про існування чи неіснування права, ми мусимо «певною мірою вивірити поняття права», встановивши якийсь «поріг», що відзначатиме межу між правом і не-правом. Коли право переступає цей поріг внаслідок зниження поваги до законності з боку держави, воно одразу перестає існувати взагалі; інакше кажучи, право не просто поступово згасає, а йде, грюкнувши дверима.

Дворкін не робить жодної спроби пояснити, чому це так: чому, на його думку, чоловік може бути напівплішивим, а країна не може врядовуватися системою, яка являє собою напівправо. Я маю підозру, що цю відмінність Дворкін мовчазно здобув зі звичайного слововжитку. У звичайному мовленні слово «закон» справді є словом без варіантів; щодо цього воно є протилежністю навіть такому близько спорідненому слову, як «справедливість». Розглянемо, наприклад, такі два тверджен-

ця: «вчинок, який ви пропонуєте, буде трохи несправедливим» і «вчинок, який ви пропонуєте, буде трохи незаконним». Друге речення має неминучий відтінок іронії, якого немає, принаймні такою мірою, в першому. Ми звикли думати про справедливість як про річ, яку важко визначити; ми не боїмося відверто визнати, **ЩО** її межі можуть бути розпливчастими й непевними. З іншого боку, слово «закон» містить невід'ємну від нього схильність до чорно-білого. Оскільки право — річ, створена людиною, ми припускаємо (і це припущення зумовлює наш слововжиток), що треба лише докласти достатніх зусиль, і ми будемо здатні точно визначити, що є правомірним, а що ні. Наші мовні звичаї дійсно віддзеркалюють рішучість не послаблювати цих зусиль. Ми можемо дуже добре усвідомлювати, що той чи інший закон складено так туманно, що неможливо визначити, де проходять його межі, але наш спосіб обговорення цих питань, як правило, все ще ґрунтується на однозначних термінах. І це стосується не лише законності чи незаконності вчинків, а й «існування» правової системи загалом.

Віддаючи належне Дворкіну, я мушу сказати, що він, здається, не дуже серйозно ставиться до власного погляду, хоча й не вагаючись звинувачує мене в «помилці», через те що я не визнаю суттєвої відмінності між плішивістю та законністю. Так чи інакше, ані вимоги звичайної мови, ані категоричність «нового аналітичного правознавства» не обов'язково спричинюються до якихось серйозних недоречностей; аби уникнути таких висловлювань, як «закон країни А є більш правильним, ніж закон країни В», можна просто констатувати, що уряд країни А виявляє більшу повагу до принципів законності, ніж уряд країни В. Якщо це адресується аудиторії, толерантність якої до метафор та оксюморонів зменшилася через вплив філософії звичайної мови, то буде розумним обрати другу, більш звичну форму висловлювання.

ЧИ СТАНОВЛЯТЬ ПРИНЦИПИ ЗАКОННОСТІ «ВНУТРІШНЮ МОРАЛЬ ПРАВА»?

Назва мого другого розділу — «Мораль, що уможливлює право» — являє собою тезу, яку четверо моїх рецензентів вважають цілковито неприйнятною. У спробі відповісти на їхню критику я намагатимусь уникнути загострення полеміки, бо рівень конфронтації з цього питання вже й так викликає занепокоєння. «Прагнення своєкорисливої мети», «абсурдний», «чудернацький», «гротескний» — ось деякі з висловів, до яких

вважають за необхідне вдаватися мої критики, щоб схарактеризувати мою тезу існування внутрішньої моралі права.

За висловом чотирьох моїх критиків, ідея внутрішньої моралі права виказує підставову плутанину між ефективністю і моральністю. Для ефективності права важливою є певна повага до восьми принципів законності, але це не означає, що вони є моральними за природою; ці принципи мають не більше відношення до моралі, ніж тримання цвяха прямо, аби забити його рівно. Ви не заб'єте цвяха як належить, якщо не тримати-ме його прямо, і так само ви не досягнете ефективної правової системи, якщо не приділите певної уваги тому, що я назвав принципами законності. Жоден із цих проявів звичайної розсудливості не має нічого спільного з мораллю.

Такою є аргументація моїх критиків. Проте вони не задовольняються таким прозаїчним порівнянням, як забивання цвяхів, а стверджують: якщо існує така річ, як внутрішня мораль законотворчості та правозастосування, то має існувати і внутрішня мораль навіть найганебніших і найнепорядніших видів людської діяльності. Коен запитує, чи є якимось відхиленням від моралі, коли потенційний вбивця забуває зарядити свій пістолет; Дворкін порушує аналогічне питання в зв'язку з невмілою спробою шантажу. Харт, як завжди, — водночас найкрасномовніший і найвідвертіший з моїх критиків:

«Наполягання автора на визначенні цих принципів законності як «моралі» є джерелом плутанини як для нього, так і для його читачів... Вирішальне заперечення проти позначення цих принципів доброї правової майстерності як моралі — незважаючи на характеристику «внутрішня» — полягає в тому, що воно спричинюється до плутанини між двома поняттями, які дуже важливо відокремити одне від одного: поняттями цілеспрямованої діяльності та моралі. Отруєння є, безсумнівно, цілеспрямованою діяльністю, і роздуми про її ціль можуть виявити, що вона має свої внутрішні принципи («уникати отруту, хоча б і смертоносних, якщо вони викликають у жертви блювання» або «уникати отруту, хоча б і смертоносних, якщо вони за формою, кольором чи кількістю можуть привернути увагу»)-Проте назвати ці принципи майстерності отруювача «мораллю отруєння» означало би просто стерти відмінність між поняттям ефективності заради якоїсь цілі й тими остаточними судженнями щодо діяльності та цілей, які є справою моралі в її різних формах».

Мушу зізнатися, що такий спосіб аргументації спочатку видався мені надто чудернацьким і навіть збоченим, щоб заслуго-

увати на відповідь. Проте обмисливши це, я зрозумів, що помилявся. Тепер я бачу, що жодна проблема в обміні думками між мною та критиками не виявляє так ясно мовчазні засновки, винесені кожною стороною до дискусії. Серйозне сприйняття аргументу, що стверджувана внутрішня мораль права є лише питанням ефективності, допомогло мені з'ясувати невисловлені «вихідні пункти» не лише моїх критиків, а й власні.

Те, що з цим пов'язано щось більш засадниче, ніж лише гра зі словом «мораль», стає очевидним, коли ми звертаємо увагу на головну неясність у позиції моїх критиків. Що саме мають вони на увазі, коли говорять про ефективність? Неважко зрозуміти, що мається на увазі під ефективністю, коли ви намагаєтесь отруїти людину: якщо вона вмирає, це означає, що ви досягли успіху; якщо вона залишається жити і здатна помститися, то ви зазнали невдачі. Але як ми застосуємо поняття ефективності до створення та функціонування такої складної речі, як уся правова система? Дозвольте мені навести один приклад, узятий з недавньої історії Радянського Союзу; він продемонструє деякі з тих труднощів, з якими пов'язана відповідь на це питання.

На початку 1960-х років проблема економічних злочинів (у тому числі нелегальних операцій з іноземними валютами) набула в Росії такого масштабу, що радянські власті вирішили за доречне вжити рішучих контрзаходів. Так, у травні та липні 1961 р. було прийнято закони, за якими ці злочини підлягали смертній карі. Потім ці закони застосовувалися заднім числом, і засуджені люди страчувалися за вчинки, які хоча й були на час їх скоєння незаконними, але не підлягали смертній карі.

Мета радянських властей була очевидною: змусити людей припинити красти у держави. Чи було застосування смертної кари заднім числом «неефективним» з точки зору цієї мети? Одна з проблем кримінального права полягає в тому, щоб повідомити гаданому злочинцеві, що ви не займаєтеся марними погрозами і маєте на увазі те, що кажете. Чи є якийсь ефективніший спосіб передати це повідомлення, ніж ретроспективне застосування смертної кари? Той факт, що воно являє собою радикальний відступ від звичайної практики, є запорукою серйозності законодавця. Проте були росіяни, яких занепокоїла Ця акція властей, про що повідомив мій колега Гарольд Берман:

«Я запитав у провідного радянського юриста, чи може він пояснити рішення Верховного суду Російської Республіки щодо надання зворотної дії липневому закону — з очевидним порушенням, як мені здавалося, Основних принципів кримінального

судочинства 1958 р. Він відповів: «Нам, юристам, це не сподобалося», — заява, в якій це «нам, юристам» є не менш цікавим аніж «не сподобалося»*.

Я гадаю, зараз є підстави вважати, що цей радянський юрист не стверджував, нібито акція властей була неефективним заходом боротьби з економічними злочинами. Він мав на увазі, що вона означала принциповий компроміс, послаблювала цілісність права. Як зазначає Берман, посиляючись на цю розмову: «Саме юристи, можливо, найкраще від усіх розуміють цілісність права, універсальність правових стандартів — інакше кажучи, загрозу законності взагалі, яку становить будь-яке окреме порушення законності»**.

Тут я можу уявити, як мої критики хапають мене за рукав: «Та ви ж не зрозуміли, що ми мали на увазі під ефективністю. Ми не думали при цьому про короткострокову ефективність заради якихось тимчасових надзвичайних обставин. Радянська акція зашкодила ефективності права тому, що негативно позначилася на довірі народу до норм права загалом та знизила стимул підкорятися ним. Вона досягла негайного успіху ціною завдання шкоди інституту права взагалі». Проте ясно: якщо мої критики почнуть розширювати поняття ефективності в цьому напрямку, вони незабаром — несподівано для себе — перетнуть межу, яку так старанно проводили, аби відрізнити моральність від ефективності. Вони скоріш за все потраплять у скрутне становище тих, хто намагається обернути будь-яку мораль на освічений егоїзм і має наприкінці так багато освіченості й так мало егоїзму, що, мабуть, може уникнути чималого клопоту, просто поставивши мораль на перше місце.

Тому я не думаю, що в обговоренні проблем законності протиставлення ефективності й моральності дає якийсь корисний результат і, безумовно, ніщо не виправдовує трактування вжитку слова «мораль» як вправи із затьмарення свідомості. Справді, принадність «ефективності» полягає не в якійсь чіткості її значення, а в жорсткому, позитивістському звучанні цього слова; воно розраховане на спостерігача проникливого й орієнтованого на результат, спостерігача, якого важко ввести в оману розпливчастими поняттями мети. Інакше кажучи, перевага, яку мої критики віддають «ефективності» над «моральністю», віддзеркалює скоріше вплив глибоко вкорінених і досить невираз-

*. Berman, «The Struggle of Soviet Jurists Against a Return to Stalinist Terror», 22 *Slavic Review* 314-320, at p.315 (1963).

** Ibid, p.320.

но висловлених намірів, аніж будь-який логічно обґрунтований висновок щодо конкретної проблеми.

Отже, переді мною стоїть найнеприємніше завдання: довести, що заперечення моїми критиками внутрішньої моралі права ґрунтується на засновках, які не були чітко сформульовані в їхніх власних працях. Проте я хочу попередити, що не маю наміру досліджувати не визнані відверто емоційні упередження; мої зусилля спрямовані на царину інтелекту, на дослідження прихованої структури процесу мислення моїх критиків. Якщо у своїх висновках вони не виходили із засновків, які я їм приписую, то вони вільні мене виправити.

Переходячи тепер до цього завдання, я усвідомлюю дві відправні точки, з яких виходили мої критики, заперечуючи «внутрішню мораль права». Першою з них є переконання в тому, що існування або неіснування права з погляду моралі зору не має великого значення. Другою є відправна точка, яку я вже описав як типову для правового позитивізму взагалі. Це твердження, що право треба розглядати не як результат взаємодії цілеспрямованих орієнтацій громадян та їхньої держави, а як односторонню проекцію влади, що виникає разом із державою й нав'язує себе громадянам.

У літературі з правового позитивізму є цілком звичною практикою детально розглядати стосунки між правом і моральними принципами. Стосовно впливу моралі на право прийнято вважати, що моральні концепції можуть керувати законодавством, забезпечувати критерії для критики існуючого права та належно враховуватися при тлумаченні законів. Розгляд зворотного впливу, тобто впливу права на мораль, як правило, менш осяжний: він обмежується, головне, спостереженням, що завдяки певному культурному кондиціонуванню існує тенденція вважати давно встановлені правові норми морально правильними.

У цих поясненнях узагалі не визнається роль, яку відіграють правові норми у сприянні ефективному застосуванню моралі в реальній поведінці людей. Моральні принципи не можуть функціонувати в якомусь соціальному вакуумі або у війні всіх проти всіх. Для доброго життя потрібне щось більше, ніж добрі наміри, навіть якщо їх поділяють усі; для нього потрібна підтримка. У вигляді незмінних основних ліній людської взаємодії — те, що (принаймні в сучасному суспільстві) може забезпечити лише чинна правова система.

«Не бери того, що належить іншому» — це, мабуть, найбагальніший приклад морального напуття, який тільки можна знайти в книжках. Але як ми вирішуємо, що належить іншому?

Для відповіді на це питання ми звертаємося не до моралі, а до права. За деяких обставин ми, звичайно, маємо підстави вважати, що та чи інша людина має моральне право на певний об'єкт власності. Наприклад, у хворій матері є дві дочки. Одна з них відмовляється від шлюбу і протягом багатьох років присвячує себе догляду за матір'ю. Інша егоїстично відмовляється переїхати ближче до матері або взяти якусь участь у піклуванні про неї. Після смерті матері виявляється, що вона не залишила заповіту. За законом обидві дочки мають однакову частку в мізерному матиному спадку. Тут ми можемо сказати, що віддана дочка має моральне право на весь спадок, хоча закон і розподіляє його рівно. Дійсно, в судових рішеннях, пов'язаних із ситуаціями, схожими на щойно описану, нерідко можна помітити певну напруженість, а інколи суди дозволяють собі сумнівне тлумачення фактів і законів заради того, щоб дати достойній дочці те, на що вона заслуговує. Водночас цілком ясно, що жодне суспільство не могло б функціонувати на основі принципу «нехай уся власність розподіляється згідно з моральними заслугами». Насправді моральне напуття «не бери того, що належить іншому» обов'язково має ґрунтуватися на критеріях, запозичених у права; без цієї підтримки воно не могло б реально керувати людськими справами.

З іншого боку, я гадаю, всі погодяться з тим, що інститут шлюбу має приховане моральне значення, і навіть не одне. Проте цей інститут навряд чи може функціонувати — морально та юридично — без певного цілком визначеного правила, яке дозволяє нам розпізнати існування маритального стану. Тут може бути повчальним приклад, узятий з одного розділу книги Хьобеля, який має назву «Ескімоси: рудиментарне право в примітивній анархії»*. Виявляється, що серед ескімосів існує поняття шлюбу, але відсутні явні ознаки, «які могли б розмежувати початок і кінець шлюбних стосунків». Внаслідок цього те, що один чоловік вважає чесним змаганням за прихильність жінки, інший може розглядати як адюльтерне вторгнення в його домовку; за словами Хьобеля, відсутні «культурні механізми, які сигналізували б про шлюб у такий спосіб, щоб не впускати порушників права володіння». Через це в ескімоському суспільстві існує надмірна кількість суперечок із застосуванням сили на ґрунті ревностей, а ці суперечки, у свою чергу, призводять до високого відсотку вбивств. Засіб від цього, певна річ, треба шукати не в проповідях, а в якомусь позитивно вислов-

* Hobeel, *The Law of Primitive Man*, Ch,5, at pp.83-85 (1954).

леному законодавчому заході, який визначить і встановить видимі кордони навколо шлюбних стосунків. Ескімосам просто бракує соціальних механізмів для здійснення цього завдання, і відсутність необхідних законів, яка з цього випливає, можна сказати, серйозно погіршує якість їхнього життя.

Тож коли ми говоримо про «моральну нейтральність права», ми не можемо мати на увазі, що існування та сумлінне застосування правової системи не пов'язані з реалізацією моральних цілей у життєвих справах. Якщо повага до принципів законності має істотне значення для створення такої системи, то, безумовно, не буде абсурдним припустити, що ці принципи становлять особливу мораль ролі, пов'язаної з посадами тих, хто створює й застосовує закони. У будь-якому разі відповідальність цих посад заслуговує на дещо приємніше порівняння, ніж діяльність уважного й сумлінного отруювача, який ніколи не забуває відірвати аптекарського ярлика, перш ніж дати пляшечку своїй жертві.

Вважати існування чи неіснування права морально нейтральною річчю — те саме, що стверджувати, нібито моральні заповіді зберігають своє значення незалежно від соціального контексту, на який вони спрямовані. Такий погляд ілюструє те, що я раніше схарактеризував як абстрагування від соціального виміру; він викриває неприязнь до феноменів взаємодії, типову для позитивістської думки. Ця інтелектуальна схильність відверто виявляється в другій відправній точці заперечення моїми критиками ідеї внутрішньої моралі права — твердженні, нібито справжня суть права усвідомлюється, коли ми зображуємо його як односторонню проекцію влади, що походить від держави й нав'язується громадянину. Оскільки цей засновок поділяється не схильною до роздумів більшістю і знаходить мовчазне схвалення у звичайному слововжитку, то не завадить дещо детальніше розібратися, що в ньому не так.

Почну з протиставлення одна одній двох форм соціального устрою, які нерідко плутають. Однією з них є **адміністративне управління**, другою — **право**. Обидві пов'язані з управлінням і контролюванням людської діяльності. Обидві передбачають підлеглість владі. Спільною для обох форм є широка термінологія: «влада», «накази», «контроль», «юрисдикція», «поко-ра», «дотримання», «легітимність» — це лише кілька з термінів, подвійна належність яких є джерелом плутанини.

Загальне й стисле формулювання відмінності між цими двома формами соціального устрою може мати приблизно такий

вигляд. Директиви, що видаються в адміністративному контексті **застосовуються** підлеглим як засіб досягнення мети, поставленої начальником. З іншого боку, законослухняний громадянин не **застосовує** норм права для досягнення цілей, поставлених законодавцем, а скоріше **дотримує** їх у веденні власних справ, причому інтереси, яким за припущенням сприяє його додержання норм права, є інтересами суспільства взагалі. Директиви адміністративної системи регулюють передусім стосунки між підлеглим та його начальником і лише в другу чергу — стосунки підлеглого з третіми особами. Норми ж правової системи, як правило, покликані визначати насамперед стосунки громадянина з іншими громадянами і лише додатково — його стосунки з органом влади, від якого походять ці норми. (Хоча ми інколи вважаємо, що кримінальне право визначає обов'язки громадянина перед державною владою, його головна функція полягає в забезпеченні розумних і стабільних засад спілкування громадян між собою.)

Це пояснення могло б бути ширшим і детальнішим, бо ці два різновиди соціального устрою в реальному житті існують у багатьох змішаних, неоднозначних і викривлених формах. Проте для наших теперішніх цілей ми спробуємо з'ясувати суттєву відмінність між ними, припустивши можливість існування певних «ідеальних типів». Ми почнемо з дослідження значення, яке вісім принципів законності (або їхні аналоги) мають для системи адміністративного управління, порівняно з їхнім значенням для правопорядку.

Отже, п'ять з восьми принципів цілком доречні в адміністративному контексті. Якщо начальник має забезпечувати те, чого він хоче, за допомогою підлеглих, він мусить перш за все повідомити про свої бажання, тобто «обнародувати» їх, давши підлеглим можливість довідатися про них, наприклад, з дошки об'яв. Його директиви мають також бути досить ясними, здійсненними, не містити суперечностей і не змінюватися так часто, щоб звести нанівець зусилля підлеглих, яких вони докладають для їхнього виконання. Недбалість у цих питаннях може серйозно зашкодити «ефективності» адміністративних замірів.

Що стосується інших трьох принципів, то вимога загальності в адміністративному контексті стає просто питанням доцільності. У поточній практиці адміністративний контроль, як правило, здійснюється за допомогою наказів-інструкцій, які звільняють начальника від необхідності постійно давати розпорядження підлеглому. Однак підлеглий не має підстав скаржитися, як ШР

в окремому випадку наказ начальника змушує його відступити від процедури, встановленої якоюсь загальною інструкцією. Це означає, у свою чергу, що в адміністративних стосунках немає місця для формального принципу, за яким дії начальника мають підлягати нормам, ним самим проголошеним; у цьому контексті принцип «узгодженості між офіційними діями та проголошеною нормою» втрачає свою релевантність. Що стосується принципу зворотної сили, то ця проблема просто не виникає: жоден керівник, який має хоч трохи здорового глузду, не накаже своєму підлеглому сьогодні зробити щось від його імені вчора.

Із поданого тут стислого аналізу стає очевидно, що адміністративні стосунки цілком добре вписуються в картину односторонньої проекції влади. Якщо тут застосовні принципи законності (або, можливо, краще сказати — їхні адміністративні аналоги), то вони дійсно є «принципами ефективності», тобто засобами для досягнення цілей начальника. Це не означає, що елементи взаємодії чи обопільності в адміністративних стосунках узагалі відсутні. Якщо начальник має звичку перевантажувати керованих ним людей, надто часто заплутує їх протилежними вказівками або несправедливо звинувачує у відхиленні від інструкцій, яких вони насправді чітко дотримувалися, моральний стан його підлеглих постраждає і вони не зможуть добре працювати на нього. Якщо у своїй неуважності керівник заходить надто далеко, вони можуть навіть кинути цю роботу або відверто збунтуватися проти нього. Проте ця мовчазна обопільність поміркованості та стриманості є чимось додатковим до головних стосунків між тим, хто дає накази, й тим, хто їх виконує.

З правовою системою справа стоїть цілком інакше, бо тут існування відносно сталої обопільності сподівань між законодавцем і підданим є частиною самої ідеї функціонування правового порядку. Зрозуміти, чому і в якому сенсі це так, важливо для продовження нашого аналізу прихованого значення цих восьми принципів — на цей раз для правової системи. Хоча принципи законності значною мірою взаємозалежні, ключовим принципом відрізнєння права від адміністративного управління є те, що я назвав «узгодженістю між офіційними діями та проголошеною нормою».

Безумовно, сама суть принципу панування права полягає в тому, що, впливаючи на громадянина (наприклад, ув'язнюючи його чи оголошуючи нечинним документ, за яким він претендує на право власності), державна влада добросовісно застосо-

Буватиме норми, оголошені раніше правилами, яких має дотримуватися громадянин і які визначають його права й обов'язки. Якщо принцип панування права не означає цього, то він не означає нічого. Чітке застосування норм, у свою чергу, передбачає, що вони матимуть вигляд загальних декларацій: було б досить безглуздо, наприклад, якби державна влада мала сьогодні прийняти спеціальний закон про необхідність ув'язнення Джонса, а завтра — добросовісно виконати цю «норму», й справді ув'язнивши його. Крім того, якщо закон покликаний дозволяти людині вести свої справи з дотриманням певного зобов'язання, то маєтись на увазі, що він не вказуватиме їй на кожному кроці, що робити; закон окреслює головний напрямок для самостійних дій, а не дає набір детальних інструкцій для досягнення конкретних цілей.

Однотипні принципи загальності та добросовісного дотримання державною владою норм, нею самою проголошених, не можна вважати такими, що пропонують лише поради практичної доцільності. Це впливає з головної відмінності між правом і адміністративним управлінням: право, на відміну від менеджменту, не вказує людям, як виконувати завдання, поставлені начальником; його суттю є забезпечення громадян розумною та сталою основою їхньої взаємодії один з одним, а роль державної влади при цьому — стояти на варті цілісності цієї системи.

Раніше я казав, що принцип, спрямований проти створення законів зі зворотною силою, не має значення в контексті адміністративного врядування вже тому, що жоден керівник при здоровому розумі не стане наказувати сьогодні своєму підлеглому зробити щось вчора. Чому ж із правовою системою справа стоїть інакше? Відповідь, я *гадаю*, водночас і дещо складна, і корисна, бо проливає світло на відмінності між адміністративним управлінням і правом.

Першою складовою цієї відповіді є поняття легітимації. Якщо А збирається давати накази В, цей останній, можливо, захоче знати, які підстави в А претендувати на право керувати поведінкою інших людей. Це щось схоже на проблему, яку мав на увазі Харт, формулюючи своє «правило визнання». Ця проблема є спільною і для законодавства, і для адміністративного врядування, і її можна вважати пов'язаною з принципом зовнішньої легітимації. Проте принцип панування права вимагає від державної влади, щоб вона також легітимувала свої дії стосовно громадян за допомогою якогось другого — *т* внутрішнього — критерію. Цей критерій вимагає, аби все-

редині загальної сфери, охопленої правом, дії держави щодо громадян були узгоджені із загальними нормами, раніше проголошеними самою державною владою, тобто були ними узаконені чи ратифіковані. Отже, можна вважати, що законна державна влада виконує певну внутрішню ратифікацію своїх дій через здійснення своїх законодавчих повноважень. Якщо попереднє здійснення цих повноважень може вплинути на цю ратифікацію, то неважко переконати себе, що цю саму ратифікацію можна здійснити заднім числом.

Щойно сказане може пояснити, чому законодавство зі зворотною силою не відкидається як украй безглузде. Проте воно не пояснює, чому створення законів зі зворотною силою може в певні моменти насправді слугувати справі законності. Для того щоб зрозуміти це, нам треба пригадати, що за принципом панування права контроль за діями громадян здійснюється не через конкретні вказівки, а через загальні норми, в яких відбивається принцип: однакові випадки мають трактуватися однаково. Отож, зловживання й казуси у функціонуванні правової системи можуть зашкоджувати цьому принципові та потребувати законодавства зі зворотною силою як засобу виправлення. Закон зі зворотною силою не може слугувати основою взаємодії громадян між собою, але може сприяти виправленню порушень принципу однакового трактування однакових випадків. Відповідні ілюстрації я наводив у другому розділі цієї книжки. Як іще один приклад можна уявити собі ситуацію, коли приймається якийсь новий законодавчий акт, що вносить зміни до закону, і повідомлення про нього надсилається всім судам країни, за винятком провінції Х, де через якісь неполадки у зв'язку суди залишаються непоінформованими про цю зміну і продовжують застосовувати старий закон. Суди ж решти провінцій країни вирішують судові справи за новим законом. Принцип однакового трактування однакових справ серйозно порушується, і єдиний засіб виправлення ситуації (принаймні як вибір з двох лих) може полягати в законодавстві зі зворотною силою*. Такі проблеми, звісно, не можуть виникати в адміністративному контексті, оскільки від адміністративного врядування в принципі не вимагається діяти згідно із загальною нормою і воно не має нагоди узаконювати

* У книжці *Anatomy of the Law* (1968), pp.14-15, я навів історичний приклад законодавства зі зворотною силою (та «спеціального» законодавства), покликаною виправляти відхилення судів від законності.

конкретні накази доведенням їхньої відповідності раніше оголошеним загальним нормам.

Ми вже зауважили, що в адміністративному контексті важко усвідомити ще щось, окрім порад практичної доцільності збереження принципів законності — тих принципів, які вимагають, аби правила чи накази обнародувалися, мали ясне значення, були несуперечливими, можливими для виконання й не підлягали надто частим змінам. Той, хто думає про право з точки зору адміністративної моделі, вважатиме samozрозумілим, що ці п'ять принципів зберігають таке саме значення і для права. Це, зокрема, може бути цілком слушним для вимоги ясності. Можна запитати: яка причина, крім цілковитої неосвіченості, могла б спонукати законодавця залишити свої законодавчі акти розпливчастими й невизначеними щодо сфери їхнього застосування?

Відповідь полягає в тому, що бувають цілком незрозумілі мотиви, які спонукають його в цьому напрямку. Державна влада бажає, щоб її закони були досить ясними, аби їм можна було підкорятися, але вона хоче також зберегти свободу дій, аби впоратися із ситуаціями, які нелегко передбачити в момент прийняття законів. Публікуючи якийсь кримінальний закон, держава не просто видає директиву громадянам; вона також видає собі певний патент, який визначає межі її повноважень займатися конкретною сферою людської поведінки. Розпливчато сформульований кримінальний закон знижує шанси громадянина довідатися, чого від нього очікують, а натомість розширює повноваження держави займатися тими формами протиправної поведінки, які не можна передбачити заздалегідь. Якщо дивитися на справу лише з точки зору «ефективності» в досягненні цілей держави, то можна говорити про якусь оптимальну середину між надмірною визначеністю сфери дії закону, яка обмежує свободу дій держави, та надмірною розпливчастістю, через яку цей закон не лише не віднадить громадян від якоїсь загальної сфери поведінки, визнаної небажаною, а й втратить можливість узаконювати дії, вчинені згідно з ним.

Протилежна мотивація стає найпомітнішою в бюрократично-му контексті, де люди мають справу один з одним певною мірою особисто. Нерідко адміністративне врядування супроводжується й переплітається з мініатюрними правовими системами, які впливають на такі справи, як дисципліна та особливі привілеї. Із соціологічних спостережень широко відомо, що в такому контексті ті, хто займає авторитетні посади, нерідко заперечують не лише проти більшої прозорості норм, а й навіть проти їхньої дійової

публікації. Обізнаність із правилами й можливість вільно тлумачити їх, пристосовуючи до конкретного випадку, є важливими джерелами влади. Один із учених у цій галузі навіть зробив висновок, що «толерантність до протиправної практики фактично збільшує контролюючу владу керівників, хоч би яким парадоксом це здавалося»*. Звичайно, вона збільшує владу керівника, бо дає йому змогу отримувати вдячність і лояльність в обмін на індульгенції і водночас застосовувати всю суворість закону до тих, кого, на його думку, треба примусити до співробітництва. Він не мав би цієї жаданої свободи дій, якби не міг послатися на норми, які надають його діям ваги. Неможливо, наприклад, пробачити порушення якогось правила, якщо цього правила не існує. Це не означає, однак, що це правило обов'язково буде позбавленим неточностей, широко опублікованим або послідовно забезпеченим правовою санкцією. Адже кожна з цих умов може урізати свободу дій керівника — свободу, з якої він може здобути не лише відчуття особистої влади, а й відчуття (можливо, не зовсім хибне) сумлінного служіння справі, частиною якої він є.

Може здатися, що в ширших, більш об'єктивних процесах державної правової системи відсутні будь-які спонуки до таких викривлень чи пристосувань. Проте це зовсім не так. Слід пам'ятати, наприклад, що при розробці майже всякого законопроекту, особливо у сферах кримінального права та економічного регулювання, цілком можливі суперечки між тими, хто хоче зберегти за державною владою широку свободу дій, і тими, чия головна турбота пов'язана із завчасним повідомленням громадян про їхнє належне поведіння. У разі зіткнення з такими проблемами у схожих випадках є підстави для значних розбіжностей в думках, але можуть виникати також гострі проблеми сумління, які стосуються засадничої чистоти правових процесів. Щодо широких сфер діяльності державної влади можна порушити ще більш фундаментальне питання: чи не є небезпечним і згубним лицемірством намір діяти згідно з попередньо встановленими нормами, коли насправді виконувані функції є по суті адміністративними й тому вимагають (а при уважнішому розгляді виявляють) не зв'язаного правилами реагування на мінливі обставини.

Сказане може дати лише приблизне уявлення про відповідальність, дилеми та спокуси, з якими стикаються люди, пов'язані зі створенням і застосуванням законів. Ці проблеми є спільними для законодавців, суддів, обвинувачів, мирових

* Blau, *The Dynamics of Bureaucracy* (2d ed. 1963), p.215.

суддів, співробітників служби пробації, наглядачів за будівництвом і безлічі інших посадових осіб, у тому числі — і передусім — поліцейських, що наглядають за своїми дільницями. Намагатися звести ці проблеми до питань «ефективності» означає несвідомо тривіалізувати їх.

Чому ж тоді мої критики так наполегливо захищають погляд, нібито принципи законності є всього лише принципами ефективності в досягненні цілей державної влади? Відповідь проста. Головні складові їхнього дослідження взяті зовсім не з права, а з того, що тут було названо адміністративним врядуванням. Марно шукати в їхніх працях якогось визнання головної ідеї принципу панування права: дії законної влади стосовно громадян мають узаконюватися через узгодження їх із попередньо проголошеними загальними нормами.

Цей недогляд кидається в око в усій «Концепції права» Харта. Наприклад, його єдине розширене тлумачення принципу загальності здається явно навіяним адміністративною моделлю:

«Навіть у складному, великому суспільстві, яким є суспільство сучасної держави, трапляються випадки, коли посадова особа наказує щось окремій людині особисто. Полісмен наказує конкретному водієві зупинитися або конкретному жебракові — забиратися геть. Проте ці прості ситуації не є й не можуть бути звичайним способом функціонування права — хоча б тому, що жодне суспільство не може утримувати достатню кількість посадовців, аби гарантувати офіційне та особисте інформування кожного члена суспільства про кожну дію, яка від нього вимагається. Такі індивідуалізовані форми контролю є або винятками, або додатковою підтримкою загальних розпоряджень, які не адресуються конкретним людям і не вказують конкретних дій, що мають виконуватися» (с.20—21).

Інші коментарі Харта стосовно принципу загальності, хоча й менш відверті, аж ніяк не послаблюють щойно процитованого висловлювання (див. с.38, 121, 202, 236). Усі вони пов'язані із забезпеченням «інструментів суспільного контролю» та з уможливленням «функціонування суспільного контролю».

Що стосується того, що я назвав принципом, який вимагає «узгодженості між офіційними діями та проголошеною нормою», то зауваження Харта знов-таки пов'язані з проблемою здійснення «ефективного контролю» за діями громадянина: прикладом відсутності такого контролю нібито є випадки, коли кримінальний закон застосовується так недбало, що народ врешті-решт нехтує ним (див. с.23, 82, 141). Єдиний відступ від того, що можна назвати адміністративною системою коор-

динат, ми знаходимо в кількох зауваженнях (с.156, 202) щодо абстрактної спорідненості між ідеалом правосуддя та ефективно функціонуючою правовою системою; обидва, за Хартом, стосуються принципу, за яким однакові випадки мають трактуватися однаково. Тож «у простій ідеї застосування загальної норми права ми маємо зародок принаймні правосуддя». Тут немає й натяку на те, що держава має перед громадянином якесь зобов'язання здійснити цей «зародок правосуддя» в той спосіб, у який вона створює та застосовує закони; суть, здається, просто в тому, що коли нам трапляється спостерігати добре функціонуючу правову систему в дії, ми виявимо в ній певну формальну подобу правосуддя.

Отже, мабуть, зрозуміло, що Хартова концепція права, ґрунтуючись насправді на адміністративній моделі*, не містить елементів, несумісних з поглядом на право як на односторонню проєкцію влади. Це, звичайно, не означає, що законодавець може сам створити правову систему: як і адміністратору, йому потрібні мовчазна згода та співробітництво з боку тих, хто перебуває під його керівництвом. Це цілком чітко визнає і сам Харт, який, зазвичай, вдало формулює свою думку так:

«Якщо система норм має силоміць нав'язуватися хоч комусь, повинна бути достатня кількість тих, хто приймає її добровільно. Без їхнього добровільного сприяння, що створює

* Тут, напевно, буде доречно коротко нагадати про одне з можливих джерел непорозуміння. Читач, який має загальне уявлення про «Концепцію права» Харта, може пригадати, що той відверто заперечує «командну теорію права» Остіна. Тому, хто не має на думці саме того, з чим пов'язане це заперечення, може здатися, що у своєму осуді командної теорії Харт відкидає також те, що я описав тут як адміністративну теорію права. Однак це було б хибне розуміння аргументації Харта. Харт заперечує командну теорію переважно з двох причин: (1) він вважає, що сила права полягає в загрозі санкцій, а не у визнанні влади; (2) теорія Остіна передбачає безпосередній зв'язок між законодавцем і суб'єктом права. Проте ясно, що ефективне адміністративне врядування ґрунтується — набагато очевидніше, ніж право, — на готовності визнавати авторитетне керівництво. Крім того, адміністративні розпорядження не обов'язково передавати особисто; в реальній практиці вони часто втілюються в Щось на кшталт збірника інструкцій чи вміщуються на дошці об'яв. Вирішальним моментом у відрізненні права від адміністративного врядування є зобов'язання законної влади твердо дотримуватися проголошених нею норм в оцінці дій суб'єкта права. Я не знайшов визнання цієї підставової ідеї в «Концепції права».

в такий спосіб владу, примусову силу права й держави запровадити неможливо» (с.196).

Тут немає й натяку на те, що добровільне сприяння громадян має поєднуватися з відповідними зусиллями зі взаємодії з боку держави. У дослідженні Харта відсутнє визнання того, що збереження правової системи залежить від виконання взаємозалежних обов'язків: держави відносно громадян і громадян відносно держави.

Якщо ми припустимо (як це роблю тут я), що елемент зобов'язання з боку законодавця прихований у понятті права, то не завадить коротко пояснити, в якій формі це зобов'язання виявляється. В уривку, озаглавленому перекладачем «Взаємодія в ідеї права», Зіммель стверджує, що в основі правової системи лежить договір між законодавцем і підданим*. Видаючи закони, держава говорить громадянам: «Ось правила, яких ми просимо вас дотримуватися. Якщо ви підкорятиметесь їм, ми обіцяємо, що саме ці правила ми будемо застосовувати до вашої поведінки». Безперечно, ця конструкція містить принаймні таку істину: якби громадянин заздалегідь знав, що у своєму поведінні з ним держава не звертатиме уваги на проголошені нею самою норми, то це навряд чи спонукало б його дотримуватися їх. Публікація норм, звичайно, має «соціальне значення», яке полягає в тому, що нормотворець твердо додержуватиметься власних норм. З іншого боку, будь-яка спроба уявити, що правова система ґрунтується на певному договорі між законодавцем і підданим, не лише викликає недоречні історичні асоціації, а й містить якусь незгідність, особливо якщо згадати, що в демократичному суспільстві один і той самий громадянин може бути водночас і законодавцем і суб'єктом права.

Один старомодний юридичний термін може підказати нам вихід із цього скрутного становища. Це — слово «намір». Наші інститути та наші формалізовані взаємодії між собою супроводжуються певними взаємозалежними сподіваннями, які можна назвати намірами, хоча й рідко трапляється нагода перенести ці підставові сподівання через поріг свідомості. У певному дуже реальному сенсі, коли я подаю свій голос на виборах, моя поведінка скерована й зумовлена сподіванням на те, що мій бюлетень буде врахований на користь того кандидата, за якого я насправді голосую. Це дійсно так, хоча можливість того, що мій бюлетень викинуть у сміття або врахують на користь не тієї людини, може ніколи не спасти мені на думку як об'єкт

* Див. прим.* на с.44

свідомої уваги. У цьому сенсі можна сказати, що інститут виборів містить намір щодо чесного підрахування поданих голосів, хоча я, мабуть, не наважуся стверджувати (хіба що риторично), нібито виборчі органи уклали зі мною договір про врахування мого голосу так, як я його подав.

Уривок з Лілберна, процитований на початку другого розділу цієї книжки, красномовно відбиває суть проблеми інституційних намірів. Це місце, де Лілберн наполегливо питає, «чи давала їм коли-небудь британська держава, коли вони обирали парламент, беззаконну необмежену владу та право свавільно діяти всупереч власним законам і постановам, перш ніж вони їх скасують?» Лілберн має на увазі, що в основі інституту парламентського правління лежить намір, тобто певне загальне невисловлене сподівання, що парламент діятиме щодо громадян за власними законами, доки ці закони не буде скасовано. Відповідне мовчазне зобов'язання парламенту вважається настільки samozрозумілим, що немає нагоди говорити або навіть думати про це, за винятком випадків, коли щось відбувається не так.

Я розумію, що говорити сьогодні, що інститути мають чи містять наміри, немодно. Можна поміркувати над якимось більш прийнятним для сучасного смаку лінгвістичним прикриттям; наприклад, можна говорити про «пов'язані з роллю сподівання», якими супроводжується перебирання на себе законодавчих повноважень. Проте як би ми це не назвали, ми не повинні забувати ані про реальність зобов'язання, пов'язаного із законотворчістю, ані про те, що воно виявляється в суспільних процесах, які спостерігаються емпірично, а не переноситься на ці процеси якимось зовнішнім спостерігачем-моралістом.

Мовчазним свідченням про силу цього зобов'язання є енергійні зусилля, до яких вдаються люди, аби позбавитися його влади. Коли ми чуємо, як хтось говорить, що збирається «встановити закон» для когось іншого, ми схильні вважати, що він претендує на відносно необмежене право наказувати іншим, що їм робити. Тому цікаво спостерігати, яких зусиль часто докладають люди, аби не «встановлювати закону». Коли людину, що обіймає високу посаду, просять зробити якусь поступку в конкретному випадку, вона нерідко наполягає на тому, щоб це не сприймалося як «створення прецеденту». Те, чого вона боїться та прагне уникнути, є зобов'язанням, що міститься в принципі панування права: узгоджувати свої дії стосовно керованих нею людей із загальними нормами, про які вона явно чи неявно їх повідомила. Те, що застереження

проти створення прецеденту на практиці нерідко виявляється неефективним, є просто ще одним доказом сили зобов'язання, яке люди схильні бачити в діях тих, хто має над ними владу.

Схожа боротьба за значення, яке має надаватися застосуванням влади, нерідко супроводжує розподіл керівником обов'язків поміж підлеглими. Наприклад, роботодавець наказує А виконати певні завдання, водночас доручивши інше коло завдань В. Якщо цей поділ праці триває певний час, будь-який перерозподіл функцій може викликати незадоволення та відчуття образи. Робітник може опиратися новим обов'язкам, говорячи: «Це не моя робота». І навпаки, він може заперечувати проти доручення іншому звичних для нього завдань, обґрунтовуючи це тим, що вони перебувають в його «юрисдикції». Тут роботодавець вважає, що виконує суто адміністративні функції, вільні від обмежень, властивих для ролі законодавця. Робітники ж схильні вбачати в діях роботодавця певний елемент юридичного зобов'язання; вони намагаються підкорити його рішення принципу панування права.

Отже, зобов'язання, опосередковано виражене в законотворчості, є не просто елементом чієїсь «концептуальної моделі», а часткою соціальної реальності. Я наголошував, що підкорення нормам втрачає свій сенс, якщо людина знає, що сам нормотворець не звертатиме ніякої уваги на власні нормативні акти. Треба пам'ятати також і про зворотний бік цього твердження, а саме: нормотворець не матиме жодного стимулу визнавати для себе обмеження принципу панування права, якщо знатиме, що його суб'єкти не схильні або не спроможні дотримуватися його норм; наприклад, невеликий сенс мала б спроба юридичного впорядкування стосунків між мешканцями притулку для душевнохворих. Саме в цьому сенсі функціонування правової системи залежить від спільних зусиль, від ефективної та відповідальної взаємодії законодавця та підданого.

У звичайній практиці повна відсутність такої взаємодії є досить рідкісним явищем, а відтак саме значення цієї взаємодії майже зникає з нашого інтелектуального горизонту. Проте за допомогою безлічі прикладів навколо себе ми можемо збаннути, яким чином успіх права залежить від добровільного співробітництва між громадянином і його державою, а також від координації зусиль різних державних органів, які створюють і застосовують закони.

У регулюванні дорожнього руху залежність права від Д⁰⁰, ровільного співробітництва нерідко стає болісно відчутною-

Приклад, який я хочу навести, є аж ніяк не цілком гіпотетичним. В одному університетському місті на атлантичному узбережжі США перевантаження транспортом за останні 30 років ставало дедалі більшою проблемою. Зокрема, на одному перехресті ситуація в певний момент наблизилася до критичного стану. Тут донедавна не було сигналів для пішоходів, і загальним законом у цій ситуації (визнаним однаково поліцією та пішоходами) був дозвіл пішоходів на свій страх і ризик перетинати вулицю з транспортним потоком, хоча заздалегідь могли отримати словесного прочухана від постового. Близько трьох років тому було встановлено світлофори для пішоходів і знаки, які попереджували необережних, що їх буде затримано та оштрафовано.

На короткий час цей захід поліпшив ситуацію. Однак невдовзі вона погіршилася: пішоходи, виявивши, що в години зниження інтенсивності руху постовий на перехресті відсутній, почали в ці періоди ігнорувати адресований ним червоний сигнал світлофору. Потім ця зневага поширилася також на години інтенсивного руху і швидко досягла такої межі, що будь-яка поліцейська акція щодо її отримання, навіть із мінімальним дотриманням принципу «однакове правосуддя за законом», призвела б до затримань у таких масштабах, які приголомшили б суди у справах порушення безпеки руху. Незважаючи на цю епідемію правопорушень з боку пішоходів, водії якийсь час продовжували додержувати адресованих ним сигналів. Проте згодом становище так погіршилося, що водії, зупинені пішоходами-порушниками на зеленій сигнал світлофору, часто мали змогу проїхати перехрестя лише тоді, коли світлофор вже перемикався на червоний сигнал; і цією нагодою вони стали користатися дедалі більше. Врешті-решт законослухняні пішоходи, які хотіли бути цілими й здоровими, виявили, що єдиним безпечним шляхом для них є приєднання до групи відважних правопорушників, а не боязке очікування сигналу. Що узаконював перехід вулиці, який пішоходи мали б долати самотійно, без захисту й, можливо, проти потоку запізнілих машин, що користуються першою-ліпшою нагодою, аби проїхати перехрестя.

Коли система правового контролю зазнає такого значного розладу, то часто важко розподілити відповідальність або визначити ефективні лікувальні засоби. Кожна з причетних груп наполягатиме на тому, що будь-яке виправлення її власних способів поведінки буде зведено нанівець невиконанням додаткових ролей. І треба зауважити, що в шойно наведеному прикладі з пере-

хрестям перелік причетних, окрім уже згаданих, можна набагато розширити. Підставова проблема може виникати через нерозумне прокладення транспортних маршрутів через місто, через неспроможність платників податків фінансувати відповідні за чисельністю та підготовкою поліцейські сили або через дії якогось транспортного органу, що переніс автобусну зупинку в таке місце, що існує розташування світлофорів стало недоречним. Може мати значення навіть виконання своїх обов'язків робітниками міської електромережі. Якщо вони не забезпечують належної роботи автоматичних світлофорів і ті внаслідок цього працюють неритмічно, то й пішоходи, і водії, і поліція можуть утратити всяку спонуку діяти згідно з сигналами; і навпаки, якщо електрики знають, що ігноруватимуться сигнали навіть тих світлофорів, які працюють бездоганно, для них не матиме сенсу належне виконання своєї роботи.

На жаль, взаємозалежності, що їх передбачає успішна робота правової системи, здебільшого не такі очевидні, як ті, що пов'язані з регулюванням дорожнього руху. Якби ми визнали те, що в загальних рисах можна назвати інтерактивним баченням права, то проявилось б багато чого з запутаного зараз пануючою концепцією права як односторонньої проєкції влади. Стало б ясно, наприклад, що зневага до принципів законності може зашкодити самому інституту права, незважаючи на те, що нікому окремо не завдається безпосередньої шкоди. Цей момент, як і деякі інші, ігнорується в риторичному питанні, яке поставив Дворкін, заперечуючи моє твердження, що правова мораль містить принцип проти суперечливих законів: «Законодавчий орган схвалює якийсь закон, не помітивши в ньому суперечності такої докорінної, що через неї закон стає порожньою формою. Де тут аморальність чи відступ від морального ідеалу?»*.

Отож, перш ніж уявити такий випадок, який припускає Дворкін, потрібна якась фантастична сукупність відправних точок. Припустімо, наприклад, що приймається закон стосовно юридичної чинності розірвання шлюбів з третіми особами. У застосуванні до якоїсь конкретної ситуації в одній статті цього закону немовби говориться, що А одружений з Y, а згідно з умовами іншого положення може виявитися, що він все ще одружений з X. Аби зробити з такого закону нешкідливий холостий набій, ми мали би припустити, що будь-який непрофесіонал без допомоги юрисконсульта зрозуміє, що цей закон

* Див. шшм.++ на с.177, р.675.

сам себе скасовує, і може бути впевнений: ніяка суддівська винахідливість не допоможе зробити його чинним, а з усуненням зі сцени мертвого закону дійсні юридичні обставини одразу стануть очевидними. Але, прийнявши погляд Дворкіна, трохи пофантазуємо. Тоді ця справа стає схожа на випадок, коли хтось розповідає мені зухвалу брехню, однак це мені не шкодить, бо перш ніж почати діяти на підставі цієї брехні, я спромігся сам дізнатися правди. Хоча в подібному випадку я сам, можливо, і не зазнав безпосередньої шкоди, проте її, безперечно, було завдано моїм стосункам з людиною, яка розповіла мені неправду, та мій довірі до неї в будь-яких майбутніх справах.

Якщо ми дивимося на закон як на покажчик у взаємодії між людьми, то ми здатні зрозуміти, що будь-яке порушення вимог законності має тенденцію зменшувати довіру та повагу людей до права взагалі. Отож варто нагадати, що в стародавні часи вважалося за злочин псувати прикордонні знаки, а в наші дні — пересувати, руйнувати чи нівечити державні дорожні знаки. Жодний із цих складів злочинів не передбачає обов'язкового завдання комусь безпосередньої шкоди. Частково підстава для таких законів полягає в тому, що коли фізичні покажчики, якими люди керуються в своїх діях стосовно один одного, фальсифіковано, то й ті з них, що залишилися непорушеними, втрачають своє значення, і люди більше не можуть із впевненістю покладатися на них. Якщо так стоїть справа з людьми, які втручаються в упорядковане розташування покажчиків, то що сказати про інженера, який із самого початку ставить знаки не там, де треба, або про законодавця, який легковажно ставиться до розмітки найсуттєвіших параграфів, що визначатимуть права й обов'язки людей один перед одним?

Мій колега Генрі М.Харт пропонує нам освіжаючу переорієнтацію в наших звичайних способах думати й говорити про право, коли нагадує, що право можна розглядати як один із засобів, які уможливають людям задовільне спільне життя*. Якщо цей засіб має слугувати тим, для кого він призначений, то вони мусять правильно його використовувати. Проте ті, чиїм завданням є проектування та запровадження самого засобу, несуть ще більшу відповідальність — передусім обов'язок виконувати свою роботу як належить. Це той обтяжливий і складний обов'язок, який я намагався описати висловом «внутрішня мораль права».

* «The Relation between State and Federal Law», 54 *Columbia Law Review* 489, 490 (1954).

Ідея, що така мораль узагалі може мати якесь зрозуміле значення, підкреслено (щоб не сказати — запекло) відкидається моїми критиками. Я намагався довести, що наші розбіжності з цього приводу походять від підставової розбіжності в думках щодо самого права. Цю розбіжність я спробував передати, протиставляючи погляди на право як на процес взаємодії та як на просто одностороннє здійснення влади. Звичайно, мої рецензенти піддавали критиці численні погляди на висловлені в моїй книжці окремі проблеми, які я тут не згадую й не захищаю. Я вважаю, що більшість, якщо не всі ці розбіжності з другорядних питань, походять від тієї самої підставової розбіжності у відправних точках, яку я вже детально проаналізував. Зокрема, це стосується відхилення моїми критиками думки, що повага до внутрішньої моралі права з боку держави сприятиме повазі до того, що можна назвати суттєвою або зовнішньою мораллю права. Зацікавлений читач знайде обґрунтування моєї позиції з цього питання в статті, опублікованій у квітні 1965 р.*

ДЕЯКІ ПРИХОВАНІ АСПЕКТИ ДИСКУСІЇ

На завершення я хотів би коротко проаналізувати певні питання, які безпосередньо не було порушено в критичних зауваженнях, адресованих моїй книзі «новими правознавцями-аналітиками». Підставою для розгляду цих питань є моє переконання в тому, що їхнє дослідження сприятиме додатковому з'ясуванню головних відмінностей у поглядах, які лежать в основі усієї нашої дискусії. Перша проблема, яку я пропоную обговорити, — це проблема тлумачення**.

* Див. прим.* на с.177, pp.661-666.

** У ході розгляду проблеми тлумачення стануть у пригоді три свіжі публікації: Dworkin, «The Model ol Rules», 35 *University of Chicago Law Review* 14-46 (1967); Gottlieb, *The Logic of Choice* (1968); Hughes, «Rules, Policy and Decision Making», 77 *Yale Law Journal* 411-439 (1968).

Існує одна дуже важлива проблема, пов'язана з тлумаченням, яку я тут не став розглядати і яка не згадується в статтях Дворкіна та Х'юза. Це проблема, яку спеціалісти із соціології взаємодій називають «визначенням ситуації». (Див., наприклад: McHugh, *Defining the Situation*, 1968). Коли суд застосовує норму чи сукупність норм для винесення рішення у справі, то тут можна розрізнити дві Д¹¹ - (1) встановлення релевантних фактів; (2) встановлення значення норм, релевантних для цих фактів. Ми схильні вважати, що саме

Ця тема досить детально висвітлюється в другому розділі, де я розглядаю її як один із аспектів завдання збереження «відповідності дій офіційних осіб декларованим правилам». На завершення свого розгляду (с.90) я писав: «Незважаючи на всі свої тонкощі, проблема тлумачення посідає центральне місце у внутрішній моралі права. Вона, як жодна з інших проблем, виявляє колективний характер завдання підтримання законності».

Незважаючи на засадничу важливість тлумачення для кожного аспекту правової діяльності, воно ніколи не було зручною темою для аналітичного позитивізму — і саме тому, що воно виявляє «колективний характер завдання підтримання законності». Пильну увагу до проблем тлумачення досить важко поєднувати з будь-якою спробою уявити собі право як одностороннє здійснення контролю за людською поведінкою.

Буде, мабуть, цікаво коротко нагадати, як автори позитивістського напрямку розробляли проблему тлумачення й намагалися дати їй нове визначення відповідно до своєї інтелектуальної прихильності. У своїй лекції 1957 р.* Харт немовби стверджував, що в звичайному процесі розгляду судових справ застосування того чи іншого закону контролюється в більш-менш узгоджений спосіб за допомогою узвичаєного або словникового значення використаних у ньому слів. У цих звичайних, тобто нормальних, випадках немає підстав займатися здогадами щодо політики, якій намагаються сприяти за допомогою даного закону чи щодо намірів його авторів. Лише в якійсь рідкій сумнівній або «проміжній» ситуації треба спробувати досягнути замір законодавця. У цій лекції Харт завзято виступає проти хвороби правознавчого мислення, яку він назвав «захопленістю проміжними випадками». Його теза, здається, полягає в тому, що нам слід ґрунтувати свою будову філософії права на звичайних, буденних судових справах і

наше знання норм допомагає відсіювати всі недоречності й визначати факти, які мають юридичну чинність. Насправді ж наше визначення ситуації, як правило, зумовлюється безліччю мовчазних припущень, яких узагалі немає в позитивно сформульованих нормах. Кілька цінних зауважень з цього приводу міститься в книзі Готліба (розд.IV, «Факти»), зокрема на с.56—57, де він зазначає: «На вирішальному етапі [тобто у визначенні релевантних фактів] у процес застосування правових норм упроваджуються неправові стандарти».

Див. прим.* на с.176, pp.606-615.

залишати поза увагою поодинокі проблеми «проміжних» ситуацій як такі, що не належать до засадничого аналізу правових феноменів. У «Концепції права» слово «тлумачення» відсутнє в предметному покажчику, хоча ідеї цієї лекції повторюються там в дещо модифікованому вигляді на с. 120—132 та 200-201; точка зору, на відміну від висловленої в лекції, менш визначена.

Як і сам Харт, його великий попередник Джон Остін значною мірою виключав тлумачення з основної структури своєї теорії. Однак, на відміну від Хартового, трактування Остіном цієї теми, коли він нарешті почав її вивчати, було складним і пов'язаним з внутрішньою напругою. Він відрізняв тлумачення статутного права від методу «індукції», який використовувався при застосуванні «прецедентного права»*. Остін ніде не запевняв, нібито статут можна чи треба застосовувати без урахування законодавчого наміру, хоча стверджував, що «буквальне значення» того чи іншого статуту треба вважати за «головний показник» наміру законодавця**. Тож аж ніяк не відмовляючись від цілеспрямованого тлумачення, він писав: «Якщо підстави для законів та створюваних ними прав і обов'язків не визначено, то й самі закони будуть незрозумілими»***.

У книзі *The Pure Theory of Law***** Кельзен присвячує темі тлумачення кілька заключних сторінок, де фактично стверджує, нібито за винятком випадків, коли якийсь конкретний результат може виключатися логічною структурою статуту, суддівське тлумачення є просто однією з форм законодавчої діяльності, а мотиви, що формують суддівську законотворчість, є нерелевантними для аналітичного позитивізму, бо вони спонукають законодавчий орган приймати один вид законів замість іншого. Коротко кажучи, для Кельзена тлумачення взагалі не є частиною юридичного аналізу, а скоріше належить до політики та соціології.

Іншим шляхом у подоланні труднощів, пов'язаних із тлумаченням, пішли Грей та деякі з прихильників американського правового реалізму. Оскільки законодавчий акт стає «непорушним законом» лише після встановлення його значення в судовому порядку, Грей запропонував трактувати законодавчі акти

* *Lectures on Jurisprudence* (1879), pp.648—651.

** Ibid., pp.644-645.

*** Ibid., p.1113.

**** (1967), Ch.VIII, pp.348-356. (Це переклад 2-го німецького видання).

взагалі не як право, а лише як джерела права*. Метою цього заходу було звести визначення права до його застосування у людських справах. Проте реалізові Грея зашкодила та обставина, що велика частина права застосовується бюрократами, шерифами, дільничними поліцейськими та іншими посадовими особами, які діють без керівництва з боку суду. Отож дехто з реалістів запропонував визначати право як «моделі поведінки суддів та інших державних службовців»**. Ця ідея виявилася остаточною помилкою, бо полишала спостерігачеві самому вирішувати, за допомогою яких критеріїв визначати та тлумачити «моделі поведінки», з яких складається абсолютна реальність права.

Ці різні способи подолання спільних труднощів наводять на думку, що засновки, якими користуються при визначенні проблеми, мають якусь підставову ваду. Я гадаю, ці труднощі виникають тому, що всі автори, погляди яких шойно було стисло викладено, починають із припущення про необхідність вважати право односторонньою проекцією влади, а не колективною діяльністю. Якщо ми визнаємо за підставовий елемент права зобов'язання держави дотримуватися власних законів у судженні про вчинки своїх підданих, то тлумачення посяде в теорії те центральне місце, яке воно завжди посідало в наших повсякденних думках про право. Це аж ніяк не означає, що дана проблема стане простою; навпаки, виявиться її прихована складність, і ми вже не зможемо удавати, нібито це другорядне питання, яке можна вирішити без зайвих роздумів, за допомогою лише здорового глузду.

У пошуку більш плідного підходу до тлумачення, можливо, не завадило б почати з деяких зауважень щодо самої мови. Перше з цих зауважень полягає в тому, що поміж видів людської діяльності феномен взаємодії передусім являє собою мова: п форми виникають і живуть завдяки взаємодії. Спілкування за допомогою слів — це не перевантажування пакетів значення з однієї голови на другу; воно пов'язане з певним зусиллям ініціювати в іншому розумі процеси сприйняття, якомога більше наближені до тих процесів, що відбуваються в розумі сторони, яка передає. Якщо я звертаюся до вас з якимось словами в ситуації, де потрібна певна точність у передачі інформації, то я маю запитати в себе: який саме зміст я вкладаю в ці слова,

* *Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), Ch.IV, pp. 300-325 et passim.

** Див. прим.* на с.180.

що мали б на увазі ви, якби вживали ті самі слова, й що, на вашу думку, я мав цими словами на увазі в контексті наших стосунків — не говорячи вже про більш складні напрямки обопільних сподівань.

Автори позитивістського напрямку зазвичай намагалися уникнути таких ускладнень, обираючи спрощену точку зору, яку я схарактеризував як «теорію натяку на значення (с.84)». З погляду мети, яку ми в даний момент маємо перед собою, краще поки що не брати до уваги ускладнень, спричинених посередництвом мови, а розглянути проблему трактування значення не слів, а вчинків.

Припустімо, наприклад, що в якійсь галузі комерційної діяльності в певних типах ділових угод люди тривалий час керувалися мовчазно визнаними і додатковими сподіваннями, і кожна сторона орієнтувалася на них у своїй поведінці відносно іншої. Аж ось виникає якась незвичайна ситуація, і між сторонами починається суперечка щодо прав кожної з них, що випливають зі сталої практики. Для розв'язання суперечки запрошується арбітр чи суддя. Його завдання — витлумачити значення сталої практики для конкретних фактичних обставин, які раніше не впливали безпосередньо на формування сподівань сторін ділової угоди.

Отож ясно, що в такому разі головний критерій рішення арбітра полягав би в принципі, який навряд чи згадувався в позитивістських дискусіях навколо проблеми тлумачення, а саме — що досягнутий результат має гармонійно вписуватися в систему додаткових сподівань, висловлених у попередніх ділових стосунках. Проблема полягала б не в «логічній» послідовності, а в тому, що можна визначити як цілеспрямовану сумісність, і відповідне питання звучало б так: яке рішення найбільше сприятиме тому, аби усталена практика залишалася «придатною для гри»? Винести рішення, що не відповідає усталеним сподіванням, означало би зруйнувати функціонуючу і визнану систему, призначену регулювати стосунки сторін між собою. Цілком очевидно, що для досягнення якогось задовільного розв'язання суперечки арбітр має бути здатним усвідомити та всебічно збагнути приховані сторони існуючої практики; його рішення не може бути справедливим і слушним, якщо йому бракує уяви, необхідної для того, щоб поставити себе на місце тих, чие минуле поведження з іншою стороною він тлумачить.

Отож, в обговорюваній нами ситуації вдале рішення мало о проілюструвати дві взаємопов'язані властивості: повагу до си-

стемної структури та розуміння соціального контексту. І я стверджую, що ці вимоги застосовні також до тлумачення писаного права. Звичайно, якщо ми сприймаємо якийсь статут за аналогією з військовим наказом — як покликаний контролювати діяльність людини, не допущеної до більш масштабної стратегії, — то завданням тлумача буде щонайкраще визначити бажання високого командування. Якщо ж функція права полягає у створенні нормальної взаємодії між громадянами та забезпеченні надійних орієнтирів для самостійної діяльності, то проблема виявляє інший аспект, і принципи, що керують тлумаченням слів, істотно не відрізнятимуться від принципів, застосовних до тлумачення інтерактивної поведінки. Зокрема і повага до системної структури, і здатність зрозуміти потреби конкретної ситуації вважатимуться суттєво важливими для розумного тлумачення писаного права.

Можна заперечити, що на всякий аналіз, який починається (як і щойно завершений нами) з прикладу, взятого з комерційної практики, неминуче впливатиме якість приховане упередження. Може здатися хибним твердження, нібито закон проти вбивства покликаний забезпечувати «надійні орієнтири людської взаємодії» — хіба що в якомусь віддаленому й значною мірою нерелевантному сенсі. Безперечно, як я скрізь наполягав, належне вирішення проблем тлумачення залежить від обставин. Але навіть у випадку вбивства вирішальні питання тлумачення, мабуть, будуть пов'язані з такими речами, як посилення підсудного на необхідну оборону. Мова будь-якого закону, що регулює цю проблему, схильна до неясностей і узагальнень. Ті, хто тлумачить такий закон (а в даному випадку це фактично і суддя і присяжні), мусять, аби виконати свою роботу добре, поставити себе на місце звинуваченого й запитати, чого можна очікувати від людини в такій ситуації. Життєвий досвід, здатність до співчуття та вміння обрати серед правових норм правильний орієнтир для власних дій — усе це має дуже важливе значення для прийняття належного рішення.

У другому розділі я досить детально розглянув «антиномії», з якими можуть стикатися люди, відповідальні за дотримання законності. Нерідко буває, що якась юридична помилка створює ситуацію, коли неможливо уникнути певного компромісу із законністю і головним завданням стає применшення розмірів Нього компромісу. Найяскравішим прикладом такого скрутного становища є ситуації, коли створення законів зі зворотною силою здається меншим з двох лих.

Тлумачення якось невлучно проникливі такими проблемами. Припустімо, наприклад, що приймається якийсь законодавчий акт, призначений краще впорядкувати певну сферу людських стосунків. На перший погляд цей законодавчий акт нібито досить зрозумілий, але має одну докорінну ваду: він ґрунтується на хибній уяві про ситуацію, яку має виправити, і в цьому відношенні законодавчий орган схожий на лікаря, який призначає курс лікування від однієї хвороби, тоді як пацієнт насправді страждає від іншої. За якими критеріями суд має тлумачити такий закон? Можна вважати, що досить буквально застосування його положень відповідатиме дійсному намірові законодавця, хоча цей намір був би іншим, якби законодавчий орган знав, що робить. Крім того, тлумач має враховувати інтереси громадян, сторонніх у ситуації, що регулюється, які можуть сприймати закон як ширшу правду, не відчувачи жодних сумнівів саме тому, що їм, як і законодавчому органу, невідома справжня суть ситуації, на яку розрахований даний закон. З іншого боку, ті, хто є головними адресатами закону, тобто фактичні учасники ситуації, яку він покликаний виправити, можуть бачити в ньому лише незрозумілість, плутанину та викривлення. Читаючи закон у світлі свого більш проникливого визначення ситуації, яка становить частину їхнього власного життя, вони можуть розглядати його як певною мірою неправовий акт. За таких обставин суду важко знайти вихід.

Схожі випадки становлять лише один із прикладів тієї скрутною ситуації, коли суд змушений запитувати в себе, в яких межах він вільний виправляти похибки легіслатури. Якось очевидна друкарська помилка не становитиме проблеми. Однак вирішувати, що мав би сказати законодавчий орган, якби міг висловити свій намір точніше, або звернув увагу на взаємодію свого законодавчого акта з іншими, вже зареєстрованими законами, або мав уявлення про те, що верховний суд збирається скасувати відповідний прецедент? Усі ці й інші подібні питання нагадують нам про те, що справа тлумачення законів — це щось більше, ніж просте «виконання наміру законодавця».

Може здатися, нібито цими зауваженнями я хочу сказати, що від тлумачного органу вимагають лише досягнення певної рівноваги між стриманістю та ініціативою у виправленні помилок і недоглядів вищого органу. Але проблема, звичайно, складніша. Тлумачний орган мусить пам'ятати, наприклад, що його зрозумілі критерії тлумачення можуть створювати певні сподівання серед тих, кого вони стосуються, й що раптові зміни в цих критеріях можуть завдати шкоди колективним зусиллям,

необхідним для досягнення та збереження законності. Припустимо, наприклад, що суд якоїсь конкретної юрисдикції традиційно тлумачить закони в певний вузький і обмежувально-дослівний спосіб. Законодавчий орган майже впевнено може розраховувати на те, що ця практика триватиме й надалі, тож автори законопроектів скоріш за все формулюватимуть свої закони у такий спосіб, аби вони, так би мовити, виходили правильними, зважаючи на те, що сферу їхньої дії буде звужено обмежувальним суддівським тлумаченням. Раптовий перехід суду до більш вільних принципів тлумачення може змінити значення законодавчих актів у спосіб, протилежний намірам тих, хто їх прийняв, і, мабуть, збентежливий для всіх, кого вони стосуються.

Так само тоді, коли суду трапляється застосовувати закон екстериторіальної юрисдикції, недостатньо знати текст цього закону; цей текст має прочитуватися так, як його читали б місцеві юристи, тобто як розуміли б його ті, хто поділяє мовчазні припущення, що є частиною функціонування правової системи, до якої він входить. Це міркування з незвичною ясністю було висловлено в рішенні Федерального районного суду, що засідав у Массачусетсі. Вирішення справи вимагало застосування не федерального, а массачусетського права. Було розглянуто кілька прецедентів Вищого апеляційного суду штату Массачусетс, і питання полягало в тому, чи буде цей суд, зіткнувшись із суперечностями, модифікувати тексти своїх прецедентів і чи зробить він виняток для даної справи. Суддя Чарлз Визанскі дав на це запитання негативну відповідь, вважаючи за важливе дивитися не лише на букву массачусетських рішень, а й на загальний дух підходу, застосованого судом, який їх виносив:

«Витончені варіації та розпливчасті лінії не характерні для [Вищого апеляційного суду штату Массачусетс]. Принципи проголошуються й додержуються в рішучих судових термінах. Наголос ставиться на прецеденті та дотриманні старих методів, а не на створенні нових підстав для позовів або заохоченні застосування нових засобів судового захисту, що виникли в менш консервативних суспільствах»*.

Ця вправа з прикладної антропології належить до категорії речей, які не часто трапляються в судовій практиці. Проте вона може нагадати нам, яка велика частина нашого писаного права насправді є неписаною; вона може допомогти нам

* *Pomeranz v. Clark*, 101 F.Supp.341, at p.346 (1951).

усвідомити, що для розуміння закону в кодексі потрібно зрозуміти спільні припущення, зроблені в процесі його створення та тлумачення*.

Згадка про прикладну антропологію дає змогу легко перейти до моєї наступної генеральної теми, пов'язаної зі звичаєвим і міжнародним правом. Як і проблема тлумачення, обидві ці теми ніколи не знаходили пристойного місця в позитивістській теорії. У своєму ставленні до цих форм права правові позитивісти так само хитаються між холодним запереченням і захопленим визнанням. Для Остіна звичаєве та міжнародне право взагалі були не правом, а чимось на зразок псевдоправа, яке правильно було б назвати позитивною мораллю. Кельзен іде іншим шляхом, видозмінюючи ці дві форми права у такий спосіб, аби пристосувати їх до своєї теорії, хоча й ціною такого викривлення їхніх засновків, що самі теми стають майже невідомими.

Безумовно, концепція права як односпрямованої претензії на контролювання людської поведінки — це не та точка зору, яку легко застосувати до звичаєвого та міжнародного права. Ці два прояви права характеризувалися як горизонтальні форми порядку, тимчасом як законодаві, що його встановлює держава для своїх громадян, ми схильні надавати лише вертикального виміру. Сформулюємо інакше: труднощі з досягненням звичаєвого та міжнародного права як права у власному розумінні слова пов'язані з ідеєю, нібито поняття права містить принаймні три елементи: законодавця й щонайменше двох підданих, чиї стосунки впорядковуються правилами, встановленими для них законодавчою владою. Викликає занепокоєння таке питання: як можуть людина, родина, плем'я чи нація встановлювати для себе право, що контролюватиме їхні стосунки з іншими людьми, родинами, племенами чи націями? На відміну від моралі, право не може бути чимось самовстановленим — воно має походити від якоїсь вищої влади.

Отож я гадаю, що всі ці питання вимагали б радикально нового визначення, якби ми мали усвідомити один простий засадничий факт: що само законодавче право передбачає зобов'язання з боку керівної влади твердо дотримуватися своїх власних правил у стосунках зі своїми підданими. У цьому сенсі те, що позитивізм вважає за вертикально встановлене право, має певний горизонтальний елемент. Якби цей засадничий принцип ство-

* У *«Анатомії права» (Anatomy of the Law, 1968)* я спробував простежити деякі із взаємодій між тим, що я там називаю «встановленим правом», і «мовчазним правом» (див., зокрема, с.43-84).

рення та застосування права було визнано, то вважалося б, що більшість труднощів, з якими пов'язані дискусії навколо міжнародного та звичаєвого права, також впливають на «справжнє» право. Наприклад: чи ґрунтується обов'язок державної влади дотримуватися своїх норм на «юридичному» або ж на «моральному» зобов'язанні? Якщо це зобов'язання вважається «юридичним», то постає питання: як може влада, яка створює та скасовує закони, зобов'язувати себе законом? Якщо ж зобов'язання має моральний характер, то ми стикаємося з іншою проблемою. У цьому випадку виявляється, що вирішальна особливість, яка допомагає відрізнити право від адміністративного врядування, військового командування чи просто сили, сама заражена моральним елементом, тож істотну відмінність між правом і мораллю фатально скомпрометовано.

Проте якщо ми не зважатимемо на цю концептуальну плутанину й дозволимо своєму розумові брати опосередковану участь у зобов'язаннях, пов'язаних з підтриманням принципу панування права в сучасній державі, то зрозуміємо, що виконання цих зобов'язань потребує складних колективних зусиль; вони за своїм характером не відрізняються від зусиль, яких вимагають системи звичаєвого та міжнародного права. Ми виявимо також, що мимоволі змушені зважати на роль звичаю в правових системах, нібито призначених бути цілковито законодавчими. Ця роль стає очевидною там, де звичай недвозначно перетворюють на критерій прийняття рішень, як це робиться в СІЛА, де в Одностайному торговому кодексі нерідко посилаються на торгові звичаї. Проте звичаєве право (під яким ми розуміємо переважно мовчазні зобов'язання, що виникають із взаємодії) відіграє важливу, хоча й зазвичай мовчазну роль не лише в тлумаченні писаного права, а й у заповненні прогалін, які завжди відчуватимуться в будь-якій сукупності законодавчого права.

У різних системах законодавчого права роль звичаю, загалом непомітна, має значні відмінності, але можна впевнено стверджувати, що мовчазні сподівання, з яких складається звичаєве право, завжди допомагатимуть у будь-якій практичній реалізації ідеалу законності. Відданість принципів панування права передбачає не лише виконання державною владою сформульованих і опублікованих нею правил, а й здійснення справедливих сподівань, що виникають внаслідок розгляду нею ситуацій, не контрольованих позитивно висловленими правилами. Ще очевидніше цей принцип вимагає, аби державна влада застосовувала писані норми відповідно до будь-якого загальноприйнятого тлумачення, яке закріплюється за цими нормами в

ході їхнього застосування. Урахування всіх цих складнощів, звичайно, утруднюватиме побудову чітких юридичних теорій. Однак воно полегшить перехід правової думки від установлених державою кодексів до дещо безладніших проявів права, прикладами яких є міжнародне та звичаєве право.

У сучасному світі звичаєве право становить уже не лише теоретичний інтерес. У нових державах, що виникають в Африці, Азії та деінде, відбувається болісний і нерідко ризикований перехід від племінного та звичаєвого права до державних систем законодавчого права. Спеціалісти-правники із західних країн, зокрема зі Сполучених Штатів, відіграють важливу роль у полегшенні цього переходу, допомагаючи своїми порадами. Ті, кому доводилося виконувати цю функцію, нерідко шкодували, що недостатньо підготовлені до цього й поверхово розуміють правову антропологію. На їхню думку, краща обізнаність із цим предметом сприяла б кращому досягненню значення звичаєвого права для тих, хто за ним живе.

Я хотів би висловити думку, що така сама потреба існує й у більш адекватній антропології наших власних правових систем. У другому розділі цієї книжки я неодноразово називаю право «ініціативою», «спробою», усвідомлюючи, що цей вислів ріже комусь вухо. Але для тих, хто ніколи не намагався створити систему позитивно висловлених законодавчих норм або жити за нею, право дійсно є ініціативою, до того ж вельми ризикованою. У такому контексті струнка геометрія правового позитивізму не просто цілком недоречна, а й стає безумовно небезпечною.

Не слід думати, що теорії, які стосуються права, не надають практичної допомоги племінним народам у запровадженні якогось режиму законодавчого права. Безумовно, вони потребують певного визначення мети, до якої мають бути спрямовані. Нещодавно було опубліковано матеріали симпозіуму під назвою «Африка та право — розвиток правових систем у африканських країнах Британської Співдружності»*. На першій сторінці передової статті цього збірника міститься таке твердження:

«Професор Гарві визначив право як «специфічний засіб упорядкування суспільства, головна ознака якого полягає в тому, що він спирається на престиж, авторитет і в кінцевому підсумку — на зарезервовану монополію сили політично організованого суспільства». Це ціннісно-нейтральний підхід. З цієї точки зору право має моральний авторитет не просто тому, що воно

* T.W.Hutchinson, ed., 1968. Цитату взято зі с.3 статті Роберта Б.Зейдмана.

є правом, а скоріше тому, що охоплює кожний аспект державної влади. Дійсно, як зазначав Ганс Кельзен, між державою та правом немає різниці: вони є лише різними сторонами однієї медалі. Кожна державна інституція є проявом державної влади і може розглядатися чи то з інституційної, чи то з правової точки зору».

Незрозуміло, яку саме роль відігравала ця концепція права в мисленні її автора; в кінцевому підсумку він доходить висновку, що ані звичаєве, ані загальновизнане англійське право не відповідають потребам нових африканських держав. Водночас я маю сказати, що не можу уявити собі більш недоречного контексту для концепції права, висловленої в щойно процитованому уривку. (Я цілком усвідомлюю, що мої критики з-поміж «нових правознавців-аналітиків» не є безумовними прихильниками доктрини тотожності права та держави. Але я запитую з усією серйозністю, який догмат їхньої філософії, який з проголошених ними принципів чи критеріїв дає змогу зупинитися, не доводячи остаточно до абсурду погляду позитивістів?)

Серед тих, хто в нашій країні займається програмами досягнення миру в усьому світі, здається, розвинулася певна полярність поглядів. Одна сторона висловлюється за якнайшвидше здійснення чогось на кшталт всесвітнього правопорядку, «вертикального стилю». Протилежний погляд висувається тими, хто за найпевніший шлях до миру вважає зусилля, спрямовані на досягнення взаємного пристосування між державами — пристосування, яке може набувати форми позитивно висловлених міжнародних угод, а може й розвиватися через мовчазні узгодження, що поступово закріплятимуться в правових нормах. Якщо ця відмінність у стратегіях ґрунтується на ширій і реалістичній оцінці альтернатив, вона є корисною, і дискусії навколо неї треба продовжувати. Проте я не можу не зробити висновку, що принаймні дехто з тих, кого не задовольняє нічого, крім якогось всесвітнього джерела права, керується не політичними та соціологічними реальностями, а прагненням до концептуальної чіткості, переконанням, що правом можна вважати лише те, що відповідає нашим звичним дефініціям внутрішньодержавного права. Перегляд цих дефініцій міг би подати проблему міжнародного порядку в іншому світлі та дещо пом'якшити існуюче протиставлення поглядів.

Було б неправильно завершити цю подвійну тему міжнародного та звичаєвого права, не повернувши увагу до останньої книжки Майкла Баркуна «Право без санкцій: поря-

док у примітивних суспільствах і міжнародна спільнота»*. Баркун має сказати багато чого проникливого щодо шкоди, якої завдали спрощенські теорії права взагалі тим сферам мислення, що ними він займається. Він привертає особливу увагу до небезпеки, яка виникає там, де соціологи та антрополози ґрунтують свої дефініції права на визначеннях, що стали загальноприйнятими при розгляді проблем внутрішньодержавного права:

«Незважаючи на відразу соціологів до змішування факту та оцінки, вони були схильні дивитися на позбавлені державності суспільства — і міжнародні і примітивні — із загальноприйнятої точки зору внутрішньодержавного права. Внутрішнє право неминуче є однією з найочевидніших частин їхнього оточення. Ми маємо тут щось на зразок неусвідомлюваного культурного упередження, з яким у суспільні науки без зайвих запитань було привнесено теоретичну структуру юридичної спеціальності, яка нібито адекватно охоплює право (як ми звичайно його розуміємо). Але якщо ми погодимося із засновком, що теорії будуються, а не виявляються у сфері Платонових архетипів, то цей рід некритичного засвоєння можна мало чим виправдати» (с. Н).

Досі я обговорював приховані аспекти моєї дискусії з «новими правознавцями-аналітиками» щодо проблем, які виникають усередині структури, значною мірою «правової» за своїм характером. Тепер я хотів би коротко звернутися до тих аспектів цієї дискусії, які стосуються поняття моралі.

На початку своєї «Відповіді» я висловив думку, що аналітичному правовому позитивізму «бракує соціального виміру». Як засіб усунення цієї вади я запропонував «інтерактивну теорію права». Я переконаний, що поняття моралі, засвоєне моїми критиками, має (принаймні, певною мірою) таку саму ваду і йому пішло б на користь таке саме виправлення.

Відхиляючи мою ідею внутрішньої моралі права, Харт нібито висловлює думку, що утилітаристський принцип сам значною мірою здатний взяти на себе всі функції, які я приписав восьми принципам законності. Ці принципи, за твердженням Харта, треба оцінювати «лише настільки, наскільки вони сприяють людському щастю та іншим істотним моральним цілям права»**. У тому самому уривку він зазначає, що закони зі зво-

* Michael Barkun, *Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community* (1968).

** Див. прим.** на с.177, р.1291.

ротною силою мають повсюдно засуджуватися просто тому, що вони «не сприяють людському щастю» та — якщо спричинюються до покарання — «завдають непотрібних страждань». Коментуючи ці твердження, я зазначив би, що навіть якби ми були ладні прийняти утилітаристський принцип за остаточний критерій якості, будь-яке розумне застосування цього принципу повинно мати передумовою певну стабільність інтерактивних процесів у суспільстві, а ця стабільність, у свою чергу, дуже залежить від орієнтирів, що їх забезпечує сумлінно застосовувана правова система. Можна простежити наслідки окремої дії через усю структуру суспільства, якщо сама ця структура зберігає певну міру цілісності.

На мою думку, нехтування інтерактивним виміром моралі взагалі виявляється скрізь, де мої критики тлумачать те, що я назвав внутрішньою мораллю права. Жоден із них, здається, не хоче висловити несприятливої моральної оцінки на адресу законодавця, який через байдужість до вимог своєї ролі сплутує чи хибно розміщує юридичні покажчики, з якими люди узгоджують свої дії. Коен стверджує, наприклад, що немає нічого «морально обурливого в прийнятті суперечливих законів. Це не виключає, звичайно, можливості прийняття таких законів на підставах, які роблять їх аморальними, або аморального зловживання якоюсь ситуацією, що виникне через недогляд»*.

У тому самому дусі Дворкін засуджує законодавця, який відступає від принципів законності, аби «свідомо спровокувати» безневинну жертву**, але не бажає піддавати осуду того законодавця, котрий через професійну недбалість спричиняє обставини юридичної непевності, за яких хтось інший може дістати нагоду для такої провокації.

Дороті Еммет зробила велику послугу етичній філософії у своїй книжці *«Rules, Roles and Relations»* (1966), знову запровадивши в переконливо аргументований і проникливий спосіб стару концепцію соціальної ролі. Мораль ролі — це, як відомо, мораль взаємодії. Але способи дослідження, властиві проблемам моралі ролі, доречні також для аналізу моральних проблем, не пов'язаних із виконанням ролей, що їх було визнано як такі. Саме тому я вважаю, що дослідження складних вимог внутрішньої моралі права поглибило б наше осягнення моральних проблем узагалі.

* Див. прим.+ на с.177, p.652.

** Ibid., p.637.

Зокрема детальне вивчення проблем, пов'язаних зі спробами досягти та зберегти законність, безсумнівно, поставило б перед нами проблему, яку я згадував як проблему «антиномій», тобто з тим різновидом дилем, з яким ми стикаємося, коли маємо відступити від одного принципу правової моралі заради іншого. Наведені мною в другому розділі приклади цього явища стосуються головним чином тих випадків, коли виправлення якогось казусу чи недогляду потребує відступу від звичайних методів законності — наприклад, коли потрібно прийняти виправні закони, які неминуче мають зворотну силу.

Те, що не всі філософи-етики готові розв'язувати такі дилеми, стає очевидним, коли Коен порушує питання, чи я не «поступаюся своєю аргументацією», коли «погоджуюся» з тим, що за певних обставин видання законів зі зворотною силою може бути корисним. Хоча я дійсно сказав, що говорити неправду, на мою думку, аморально, проте треба робити виняток, коли неправду кажуть заради врятування життя безневинної людини, я не думаю, що Коен став би стверджувати, нібито я «поступаюся своїми аргументами» проти неправди, коли визнаю цей виняток. В обох випадках це застереження впливає з особливого соціального контексту. Відмінність полягає в тому, що в одному випадку вимоги цього контексту цілком очевидні й легко зрозумілі (можна уявити собі божевільного, який вдирається в дім і вимагає, аби йому сказали, де ховається людина, яку він збирається вбити), а в іншому соціальний контекст складний, а пов'язані з ним взаємодії — опосередковані й непомітні.

Якщо Коену важко збагнути моє «погодження» з тим, що закони зі зворотною силою, які виправляють минулі відступи від законності, можуть бути в кінцевому підсумку корисними, то ще більші труднощі він має із засвоєнням ідеї, що з антиноміями поміж принципами правової моралі можна зіткнутися при проектуванні правових інституцій. Після розгляду мого «погодження» в коментарях щодо виправних законів Коен продовжує:

«Однак поступки Фуллера цим не обмежуються. Він припускає, що в усіх випадках, коли суддя не має чітких критеріїв для вирішення справи, він створює закони зі зворотною силою. Цей нахил до правового реалізму несподіваний для Фуллера і не зовсім узгоджується з його розумною заявою, що доки суддя не вирішує таких справ, «він не зобов'язаний улагоджувати суперечки, які виникають з існуючої сукупності законів».

Процитоване висловлювання навряд чи могло б належати людині, здатній уявити собі обставини, за яких двоє позовників,

що сперечаються щодо значення того чи іншого закону для їхніх прав, приходять до судді та просять його розв'язати цю суперечку. Чи хотів би Коен почути від судді таке: «Ви, пано-ве, зробили послугу суспільству, привернувши увагу до серйозної двозначності цього закону. Хоча ваші аргументи майже однаково переконливі, я вирішую цю суперечку щодо значення закону на користь аргументації, наведеної А. Проте оскільки я не хочу створювати закону зі зворотною силою, це тлумачення матиме чинність лише для ситуацій, що можуть виникнути в майбутньому. Що ж стосується цієї конкретної суперечки між вами обома, то я полишаю її нерозв'язаною»? Звичайно, етика, що промовляє сама до себе, навряд чи матиме нагоду розпізнати такі проблеми чи займатися ними; мораль же, яка стосується суспільної взаємодії, неминуче стикатиметься з ними й розв'язуватиме їх якомога краще, тобто часто буде змушена порівнювати переваги та недоліки одного ходу подій чи одного організаційного проекту з іншими*.

Нарешті, я переходжу (хоча й з певною нехиттю) до стисло-го викладення проблеми, яку можна назвати позитивізм проти природного права. Якби сьогоднішня дискусія виникла тридцять років тому, ця проблема, мабуть, вважалася б у ній центральною. Були часи — ще на нашій пам'яті, — коли незважливо висловлюватися про правовий позитивізм означало викликати підозру в прихильності до якоїсь загадкової за задумом і мотивацією, метафізичної і, можливо, церковної версії природного права.

На щастя, вітри наукових доктрин, здається, змінили свій напрям. Позитивізм нині атакується по багатьох фронтах, особливо в лінгвістиці та філософіях науки і мистецтва. У соціології і правовій антропології існує помітна тенденція: від структурних теорій у бік дослідження інтерактивних процесів; я вже згадував про аналогічні зміни, що відбувалися протягом останніх п'ятнадцяти років у психіатрії та психоаналізі. Що стосується права, то один з найбезкомпромісніших моїх критиків Рональд Дворкін нещодавно опублікував, за власною характеристикою, «атаку на позитивізм»**. У цьому новому інтелектуальному кліматі більше немає ані потреби виправдовуватися за критику позитивізму, ані серйозного ризику, що заперечення позитивізму

* У своїй книжці *«Anatomy of the Law»* (1968), pp.84-112, я спробував порівняти з цієї точки зору англо-американське загальне право із системами, що ґрунтуються на вичерпних кодифікаціях.

** Див. прим.** на с.208.

вважатиметься за претензію на встановлення контакту з Абсолютною Істиною.

У тій переорієнтації, яка нібито відбувається, ми сподіваємося на розвинення трохи більшої толерантності до великої традиції, втіленої в літературі з природного права, та більшого інтересу до неї. У цій літературі ми знайдемо багато недоладного й неприйнятного для сучасних інтелектуальних смаків; ми знайдемо в ній також практичний розум, застосований до проблем, які в широкому сенсі можна назвати проблемами соціальної архітектури. Св. Фома Аквінський становить для багатьох певний символ усього догматичного й теологічного в традиції природного права. Проте, як зазначив нещодавно один автор*, він певною мірою визнавав і розглядав усі вісім принципів законності, що обговорювалися в другому розділі цієї книжки. Я не знаю жодного автора позитивістського напрямку, який глибоко цікавився б загальною проблемою досягнення та підтримання законності.

У філософії науки переорієнтація, пов'язана з іменами Майкла Поланьї та Томаса Куна, була відзначена переміщенням інтересу з концептуалізації та логічного аналізу наукової верифікації на дослідження реальних процесів наукового відкриття. Можливо, з часом філософи права вже не будуть так захоплені побудовою «концептуальних моделей» для виведення правових феноменів, а звернуться натомість до аналізу суспільних процесів, що становлять повсякденність права.

* Lewis, «The High Court: Final... but Fallible*», 19 *Western Reserve Law Review* 528-643, at p.565 (1968). (Можливо, буде трохи перебільшенням сказати, що Фома Аквінський визнавав принцип відповідності дій посадових осіб декларованим правилам).

ДОДАТОК: ПРОБЛЕМА ЗЛОБЛИВОГО ДОНОЩИКА

Уявіть, що вас щойно обрали міністром юстиції вашої країни — держави з населенням приблизно 20 мільйонів. На початку свого посадового терміну ви стикаєтесь з однією серйозною проблемою, яку буде викладено нижче. Але спочатку треба розповісти про підгрунтя цієї проблеми.

Протягом багатьох десятиріч у вашій країні існував мирний, конституційний і демократичний державний устрій. Проте нещодавно настав поганий період. Нормальні стосунки було порушено через економічну депресію, яка дедалі більше поглиблювалася, та через зростаючий антагонізм між різноманітними фракційними угрупованнями, що сформувалися в політичній, економічній і релігійній сферах. Горезвісний вершник з'явився в образі голови політичної партії чи товариства, яке називало себе «багряносорочечниками».

Під час загальних виборів, які супроводжувалися великими заворушеннями, голову партії було обрано президентом республіки, а сама партія посіла більшість місць у генеральній асамблеї. Однією з причин успіху партії на виборах була проведена нею кампанія відчайдушних обіцянок і винахідливих фальсифікацій, а також фізичне залякування нічними наскоками, які «багряносорочечники» здійснювали, аби віднайти від виборчих дільниць тих, хто міг голосувати проти їхньої партії.

Прийшовши до влади, «багряносорочечники» не вжили заходів для скасування старої конституції чи будь-якої з її статей. Вони також залишили без змін цивільний, кримінальний і процесуальний кодекси. Не було вжито офіційних дій щодо звільнення будь-якого урядовця чи позбавлення повноважень будь-якого судді. Як і раніше, час од часу відбувалися вибори, й голоси підраховувалися нібито чесно. І все ж таки країна жила за панування терору.

Суддів, які виносили рішення всупереч бажанням партії, лупцювали та вбивали. Визнане значення кримінального кодексу перекручувалося, аби за його допомогою кидати до в'язниць політичних опонентів. Приймалися таємні закони, зміст

яких було відомо лише партійній верхівці. Видавалися закони зі зворотною силою, які криміналізували вчинки, що на момент здійснення дозволялися законом. Державна влада не звертала жодної уваги на конституційні обмеження, попередні закони чи навіть свої власні. Усі опозиційні політичні партії було розпущено. Тисячі політичних опонентів було приречено на смерть — чи то поступову у в'язницях, чи то випадкову під час нічних терористичних нальотів. Було оголошено загальну амністію для засуджених за дії, «що їх було вчинено заради захисту батьківщини від підривної діяльності». За цією амністією було звільнено всіх ув'язнених — членів партії «багряносороочечників». Жодна інша людина не підпала під дію амністії.

Завдяки поміркованій політиці «багряносороочечники» діяли досить гнучко: в одних випадках — як «вулична партія», в інших — за допомогою контрольованого ними державного апарату. Вибір з-поміж цих двох способів поведінки був лише питанням практичної доцільності. Наприклад, коли найвпливовіше партійне коло вирішило знищити всіх колишніх соціалістів-республіканців (партію, яка чинила запеклий опір новому режимові), виникла суперечка щодо найкращого способу конфіскації їхньої власності. Одна із фракцій, можливо, все ще під впливом дореволюційних концепцій, хотіла здійснити це за допомогою законодавчого акта, який оголосив би їхнє майно конфіскованим за кримінальні дії. Інша пропонувала силою зброї примусити власників передати своє майно. Ця група заперечувала проти запропонованого законодавчого акта на тій підставі, що він викликав би несприятливі коментарі за кордоном. Голова прийняв рішення на користь рішучих дій з боку партії з наступним прийняттям секретного законодавчого акта, який санкціонує ці дії і підтвердить правопідстави, здобуті через погрози фізичним насильством.

Аж ось «багряносороочечників» було скинуто й відновлено демократичний і конституційний державний устрій. Проте після скинутого режиму залишилися певні складні проблеми, спосіб розв'язання яких саме й належить знайти вам і вашим колегам у новому уряді. Однією з них є проблема «злобливого донощика».

Під час режиму «багряносороочечників» велика кількість людей зганяла злість, доносячи на своїх ворогів у партійні або державні інстанції. Предметом доносів були такі вчинки, як критичні висловлювання в приватному колі на адресу державної влади, слухання закордонних радіостанцій, зв'язок з людьми, відомими як шкідники та хулігани, таємне накопичення понад дозволену кількість яєчного порошку, неповідомлення

про загублене посвідчення особи в термін до п'яти днів тощо. Враховуючи тодішній стан застосування правосуддя, кожний із цих вчинків у разі його доведення міг мати наслідком засудження до смертної кари. У деяких випадках ці вироки санкціонувалися «надзвичайними» законодавчими актами, в інших — виносилися без законної підстави, хоча й суддями, належним чином призначеними на посаду.

Після скинення «багряносорочечників» громадськість наполегливо вимагала покарати цих зловлих донощиків. Тимчасовий уряд, що передував тому урядові, до якого увійшли ви, зволікав із цим питанням. Тимчасом воно стало пекучою проблемою, вирішення якої більше не можна було відкладати. Тож вашим першим завданням як міністра юстиції стало звернення до цієї проблеми. Ви запропонували п'ятьом своїм заступникам викласти їхні думки з цього питання й подати рекомендації на нараді. Під час наради п'ятеро заступників виступили з такими промовами.

ПЕРШИЙ ЗАСТУПНИК. «Для мене цілком очевидно, що ми нічого не можемо зробити з цими так званими зловливими донощиками. Вчинки, про які вони доповідали, були незаконними згідно з правилами того уряду, який на той час реально контролював державні справи. Вироки про покарання, яке призначалося їхнім жертвам, виносилися відповідно до принципів права, чинних на той час. Ці принципи відрізняються від звичних для нас, і ми вважаємо їх огидними. І все ж таки вони становили тоді закон країни. Одна з принципових відмінностей між тим правом і нашим власним полягає в набагато більшій свободі дій, наданій ним суддям з кримінальних справ. Ця норма та її наслідки мають таке саме право на повагу з нашого боку, що й реформа, запроваджена «багряносорочечниками» в закон про заповіти, яка передбачала двох свідків замість трьох. Не має значення, що норма, яка надавала суддям більш або менш неконтрольовану свободу дій у кримінальних справах, ніколи не була формально встановленою, а являла собою справу мовчазного схвалення. Те саме можна сказати про схвалену нами протилежну норму, яка значно обмежує свободу дій суддів. Різниця між нами та «багряносорочечниками» полягає не в тому, що їхній уряд був незаконним (суперечність у термінах), а лежить радше в ідеологічній сфері. Ніхто не відчуває більшої відрази до таких явищ, як «багряносорочечники», ніж я. Проте підставова відмінність між нашою філософією та їхньою полягає в тому, що ми дозволяємо й терпимо різні погляди, тимча-

сом як вони намагалися встановити свій монолітний кодекс для всіх і кожного. Уся наша система врядування ґрунтується на припущенні, що право є гнучкою річчю, здатною висловлювати й здійснювати багато різних замірів. Кардинальним пунктом нашого кредо є те, що коли якийсь замір у належний спосіб втілено в закон чи судове рішення, його мають тимчасово визнавати навіть ті, кому він неприємний, хто змушений чекати на свій шанс на виборах чи в іншому судовому процесі, аби забезпечити юридичне визнання своїх власних замірів. З іншого боку, «багряносороочечники» просто нехтували законами, що втілювали цілі, яких вони не схвалювали, й навіть не вважали вартими зусиль, пов'язаних із їхнім скасуванням. Якщо ми зараз намагатимемося розшифрувати акти режиму «багряносороочечників», які оголошують те чи інше судове рішення нечинним, той чи інший статут позбавленням юридичної сили, той чи інший вирок надмірним, то зробимо саме те, що найбільше в них засуджуємо. Я усвідомлюю, що для здійснення запропонованої мною програми потрібна мужність і що нам протистоятиме сильний тиск громадської думки. У нас також мають бути наготові запобіжні заходи, які не дозволили б народові прибрати закон до своїх рук. Проте в довгостроковому плані я вважаю рекомендований мною курс єдиним, що забезпечить триумф концепцій права та державної влади, в які ми віримо».

ДРУГИЙ ЗАСТУПНИК. «Цікаво, що я дійшов того самого висновку, що й мій колега, але зовсім протилежним шляхом. Мені здається нісенітницею називати режим «багряносороочечників» законною державною владою. Існування правової системи означає не просто те, що поліцейські продовжують патрулювати вулиці та носити форму, або те, що конституція та кодекс лежать на полиці нескасовані. Правова система передбачає існування законів, які відомі або можуть стати відомими тим, на кого вони поширюються. Вона передбачає певну однаковість дій і однакове трактування однакових справ. Вона передбачає відсутність такої протиправної сили, як партія «багряносороочечників», що стоїть над урядом і здатна в будь-який час втрутитися у виконання правосуддя, якщо воно функціонує всупереч примхам цієї сили. Усі ці передумови є складовими справжньої концепції правопорядку й не мають нічого спільного з політичною та економічною ідеологіями. На мою думку, право в звичайному сенсі цього слова припинило своє існування, коли до влади прийшли «багряносороочечники». Уп-

родовж їхнього режиму ми фактично мали перерву в принципі панування права. Замість правління законів у нас була війна всіх проти всіх, що велася за зачиненими дверима, в темних коридорах, у палацових інтригах і в'язничних змовах. Вчинки так званих зловбливих донощиків були саме одним із аспектів цієї війни. Для нас засудження цих вчинків як кримінальних означало б таку саму недоречність, як і спроба застосувати юридичні концепції до боротьби за існування, що точиться в джунглях чи морських глибинах. Нам треба забути всю цю темну, беззаконну сторінку нашої історії як поганий сон. Якщо ми розпалюватимемо ненависть до неї, то піддамо себе самих її злому впливові й ризику заразитися її міазмами. Тож разом зі своїм колегою я кажу: нехай минуле залишається в минулому. Давайте не будемо нічого робити з так званими зловбливими донощиками. Те, що вони робили, не було ані законним, ані протизаконним, бо вони жили не за правового режиму, а за режиму анархії та терору».

ТРЕТІЙ ЗАСТУПНИК. «Я маю глибоку недовіру до будь-якого способу аргументації, що ґрунтується на альтернативі «або—або». Не думаю, що ми мусимо припускати лише одне з двох: або весь режим «багряносорочечників» певною мірою перебував поза цариною права, або всі його діяння мають право на повну довіру як акти законного уряду. Двоє моїх колег мимоволі висловили сильні аргументи проти цих екстремних припущень, продемонструвавши, що обидва вони ведуть до одного й того самого абсурдного висновку — висновку, неможливого з етичного та політичного поглядів. Якщо обміркувати це питання без емоцій, то стає зрозуміло, що за режиму «багряносорочечників» ми не вели «війни всіх проти всіх». Під поверхнею тривало багато з того, що ми звемо нормальним людським життям: бралися шлюби, продавалися товари, складалися й виконувалися заповіді. У цьому житті траплялися звичайні порушення: автокатастрофи, банкрутства, незасвідчені заповіді, наклепницькі статті в газетах. На більшу частину цього нормального життя і так само нормальних його порушень не впливала ідеологія «багряносорочечників». Юридичні питання, що виникали в цій сфері, суди розглядали майже так само, як і в минулому або сьогодні. Якби нам довелося оголосити все, що відбувалося за «багряносорочечників», таким, що не мало законної підстави, то це призвело б до нестерпного хаосу. З іншого боку, ми, безперечно, не можемо сказати, що вбивства, які чинилися на вулицях членами партії за наказами голови, були

законними просто тому, що партія одержала контроль над урядом, а її голова став президентом республіки. Якщо ми мусимо засудити кримінальні вчинки партії та її членів, то буде, мабуть, абсурдом схвалювати кожний акт, якому пощастило пройти через урядовий апарат, що став фактично другим «я» партії «багряносороочечників». Тож у цій ситуації, як і в більшості людських справ, ми маємо робити розрізнення. Там, де філософія правосуддя з доброї путі його звичайних цілей та призначення, ми мусимо втрутитися. До цих викривлень правосуддя я б зарахував, наприклад, справу чоловіка, який був закоханий у дружину іншого і сприяв його смерті, донісши про цілком тривіальне правопорушення з боку того, а саме — повідомлення протягом п'ятиденного терміну про втрату посвідчення особи. Цей донощик був убивцею за кримінальним кодексом, чинним на момент здійснення ним цього вчинку й не скасованим «багряносороочечниками». Він замислив смерть того, хто стояв на шляху його незволених пристрастей, і використав суд для здійснення свого вбивчого заміру. Він знав, що суди самі були поступливим знаряддям будь-якої політики, яку «багряносороочечники» визнавали за доцільну на певний момент. Відомі й інші, так само очевидні випадки. Я припускаю, що існують також менш очевидні. Наприклад, ми матимемо труднощі зі справами просто цікавих і настирливих людей, які доповідали властям про все, що здавалося їм підозрілим. Дехто з них чинив так не з метою позбавитися тих, кого він звинувачував, а через бажання підлеститися до партії, відвернути підозру (можливо, безпідставну) від себе самого, а також просто через настирливість. Я не знаю, як трактувати ці випадки, й не можу нічого рекомендувати відносно них. Але той факт, що ці важкі справи існують, не повинен утримувати нас від негайних дій в очевидних випадках, яких надто багато, аби ми могли нехтувати ними».

ЧЕТВЕРТИЙ ЗАСТУПНИК. «Як і мій колега, я не довіряю аргументації «або—або», але гадаю, що нам варто краще поміркувати над тим, куди ми прямуємо. Ця пропозиція вибірно підходить до поведінки під час скинутого режиму викликає великі заперечення. Саме явище режиму «багряносороочечників» дійсно є цілком очевидною річчю. «Нам подобається цей закон, тож будемо його застосовувати. Нам подобається це рішення суду, тож нехай воно залишається. Цей закон нам не подобається, отже, він взагалі ніколи не був законом. Цей урядо-

вий акт ми не схвалюємо, тож будемо вважати його нечинним». Якщо йти таким шляхом, то наше ставлення до законів і дій уряду «багряносорочечників» буде так само безпринципним, що й їхнє ставлення до законів і дій витисненого ними уряду. Ми матимемо хаос, у якому кожний суддя чи кожний прокурор буде сам собі законом. Пропозиція мого колеги не припинить зловживань режиму «багряносорочечників», а сприятиме їх увічненню. Існує лише один спосіб вирішення цієї проблеми, сумісний з нашою філософією права та державного врядування, — належно прийняте законодавство, тобто спеціальний закон, спрямований на її вирішення. Давайте проаналізуємо цю проблему «злобливого донощика», зберемо всі факти, що її стосуються, й розробимо відповідний вичерпний закон. Тоді нам не доведеться перекручувати старі закони заради того, для чого вони зовсім не були призначені. Крім того, ми зможемо передбачити покарання, відповідні до злочину, і не розглядати кожного донощика як убивцю лише тому, що той, на кого він доніс, у кінцевому підсумку зазнав смертної кари. Я припускаю, що при розробці такого закону ми зіткнемося з певними труднощами. Зокрема, нам треба надати чіткого юридичного значення слову «злобливий», а це буде нелегко. Проте ці труднощі не повинні заважати нам обрати єдиний шлях, що виведе нас із становища беззаконного, особистого правління».

П'ЯТИЙ ЗАСТУПНИК. «В останній пропозиції я вбачаю неабияку іронію. У ній йдеться про покладення краю зловживанням «багряносорочечників», але пропонується зробити це за допомогою одного з найнеприйнятніших знарядь їхнього режиму — кримінального закону зі зворотною силою. Мій колега побоюється плутанини, до якої може спричинитися наша спроба без відповідного закону скасувати або виправити «неправильні» акти усунутого режиму, а «правильні» підтвердити й застосовувати. Проте він, здається, не усвідомлює, що пропонуваний ним закон є цілком оманливим засобом проти цієї непевності. На користь нествореного закону легко наводити правдоподібні аргументи; всі ми згодні, що було б непогано мати все викладеним чорним по білому. Але що саме передбачав би цей закон? Один із моїх колег розповідає про когось, кому не вистачило п'ятьох днів, аби доповісти про втрату особистих паперів. Він натякає, що судовий вирок у зв'язку з цим правопорушенням — смертна кара — був досить нерозмірним, аби вважатися неправильним. Однак ми мусимо пам'ятати, що

на той час підпільний рух проти «багряносорочечників» набрав сили й вони мали постійний клопіт через людей з фальшивими документами. З цього погляду вони мали реальну проблему, і єдине заперечення, яке ми можемо зробити щодо способу її розв'язання (інша справа, що нам не треба було, аби вони її розв'язували), — це те, що вони діяли з дещо більшою суворістю, ніж того вимагала ситуація. Як трактуватиме мій колега у своєму законі цей випадок і всі інші близько чи далеко споріднені з ним випадки? Чи заперечуватиме він існування будь-якої потреби в законі та порядку за режиму «багряносорочечників»? Я не буду детально вдаватися в труднощі, пов'язані з розробкою цього пропонованого закону, бо для кожної вдумливої людини вони очевидні. Натомість я звернуся до власного варіанта розв'язання цієї проблеми. Згідно з дуже авторитетними джерелами головне призначення кримінального права — дати вихід людському інстинктові помсти. Бувають часи (і я гадаю, що зараз саме такий час), коли нам слід дозволяти цьому інстинктові виявляти себе безпосередньо, без втручання тих чи інших форм права. Ця справа зі зловливими донощиками ось-ось уже залагодиться сама собою. Майже кожного дня можна прочитати в газеті, що один із колишніх прислужників режиму «багряносорочечників» знайшов справедливу відплату в якомусь темному завулку. Народ спокійно взяв цю справу в свої руки, і якщо ми не чіпатимемо його та накажемо нашим державним обвинувачам зробити так само, то невдовзі нам вже нема чого буде розв'язувати. Звичайно, не виключений певний безлад, і може полетіти кілька безневинних голів. Але наш уряд і наша правова система будуть непричетні до цієї справи, і нам не доведеться безнадійно загрузнути у своїх намаганнях розшифрувати й пояснити всі діяння та злочиння «багряносорочечників».

Яку з цих рекомендацій ви прийняли б як міністр юстиції?

17

КНИГИ СЕРІЇ, ЯКІ ВИДАНІ

- | | |
|------------------|----------------------------------|
| 1. Тоні Оноре | Про право. Короткий вступ |
| 2. Х.Л.А.Харт | Концепція права |
| 3. Лон Л. Фуллер | Мораль права |

КНИГИ СЕРІЇ, ЯКІ ВИДАВНИЦТВО ПЛАНУЄ ВИДАТИ
НАЙБЛИЖЧИМ ЧАСОМ

- | | |
|--|--|
| 1. Лон Л. Фуллер | Анатомія права.
Переклад з англійської |
| 2. Ф.Хайєк | Право, законодавство
і свобода.
Переклад з англійської |
| 3. Нгуен Дінь,
Патрік Дайє,
Ален Пелле | Міжнародне публічне право.
Переклад з французької |