

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Адольф Меркль

ДВОЛИКІСТЬ ПРАВА.

ПОГЛЯД ПІД КУТОМ ТЕОРІЇ ПІЗНАННЯ ПРАВА

(Переклад з німецької Р. І. Корнути, наукова редакція професора М. І. Козюбри)

ДВОЛИКЕ ПРАВО СТО РОКІВ ОПІСЛЯ (Вступний коментар М. І. Козюбри, Р. І. Корнути)

Запропонована читачеві праця Адольфа Юліуса Меркля, яка вперше побачила світ у двадцятих роках минулого століття, є продовженням роботи з ознайомлення широкої юридичної громадськості з визначними працями юристів XIX-XX ст. і заповнення історично зумовлених прогалів зв'язку українського права з європейськими течіями. Протягом тривалого часу розвитку світової юридичної думки українське право не мало тісного і постійного взаємозв'язку з європейськими школами і не було активним і самостійним учасником академічного і творчого обміну у цій сфері на континенті. Їх заповнення передбачає відкриття для широкого доступу і використання досягнень, зроблених у той період, які можуть бути корисними для поглиблення взаєморозуміння та наближення українського права до європейських традицій.

Роздуми Меркля про норми права, про розкриття змісту і застосування на практиці законів тісно пов'язані з вивченням норм права, їх властивостей, ознак і функцій. У нашій правовій системі практика нормотворення – це в першу чергу матерія конституційного права. З ним тісно пов'язане конституційне судочинство – порівняно молодий правовий феномен, історія якого навіть у світовому масштабі складає не більше 300 років. Але, попри молодий вік, йому не бракує ваги й авторитету у сучасному світі. Поява його пояснювалася раніше і пояснюється тепер необхідністю створити дієву систему стримувань і противаг, взаємного контролю, яка би сприяла урівноваженню повноважень на найвищих щаблях влади у країні. За визначенням конституційне судочинство значно ширше від звичного правосуддя, адже конституційний суд – це серед іншого можливість «судити закони», оцінюючи їх конституційність, здійснюючи серед іншого так званій конституційний нормоконтроль. В основу сучасної теорії конституціоналізму покладені численні міркування представників так званої Віденської школи правового позитивізму, до якої належав і Меркль. Найбільш відомим представ-

ником цієї школи був Ганс Кельзен, з творчістю якого юридична громадськість України останнім часом отримала можливість досить інтенсивного знайомства. Поряд із тим тематика цієї праці, як і доробку Меркля загалом, має свою власну цінність. Це підтверджують не лише численні згадування Меркля у своїх працях теоретиками, методологами і філософами права. Бурхливий розвиток українського права останнім часом, а також інтерес суспільства до його належного функціонування разом з дискусіями про шляхи досягнення цієї мети висувають на перший план далеко не нові, але навряд чи остаточно вирішені питання про сутність, зміст і можливості права, на котрі кожен час і кожне суспільство дають власну, у чомусь – стандартну, а в чомусь – неповторну, унікальну відповідь. Видається, що такого роду питання стоїть перед українським суспільством і прийшов його час дати свої відповіді на нього.

Цілісність права й одночасно його багатоаспектність, різноманітність сторін і проявів – питання, що належать до методологічних основ права, його філософії. Наскільки близьким є характер того чи іншого філософсько-правового положення до формально-юридичного підходу – це питання, яке дозволяє віднести ті чи інші міркування до теоретико-методологічних або до прикладних науково-практичних галузей правознавства. Меркль розглядає зміст певного уповноваження (виданого, як правило, законодавцем) під кутом зору самого законодавця, а також того, до кого спрямоване це уповноваження – до того, хто уповноважений на правозастосування, зрештою – до судді. Адже суддя, за відомим висловом, – це принаймні «закон, який говорить».

Поряд із зазначеним вище важливим є питання місця правової науки, правознавства в упорядкуванні, унормуванні суспільної життєдіяльності. Право науки вимагати від законодавця наукового підходу до правотворчості, виявляти тенденції суспільного розвитку, узагальнювати їх, відкривати там, де це можливо, певні закономірності тощо. Проте ще з давнини відомо, що пра-

во – це не тільки наука, а й мистецтво. Мистецтво складати закони, їх тлумачити, застосовувати, класифікувати юридичні факти та ін. А це можливо не тільки, а іноді й не стільки завдяки науковим знанням (наука, як відомо, не всесильна), а ціннісному підходу і практичному досвіду, зрештою здоровому глузду і тверезому погляду на життя. Тож очевидно – ця тема далеко не вичерпана для дослідження. Над нею працювали і працюють покоління юристів, вона постійно присутня у працях найсвітліших умів правознавства. Одним із них є Адольф Юліус Меркль. Його міркування видаються цікавими і корисними для вітчизняного правознавства ще й з огляду на його увагу до питань ієрархії норм права, співвідношення рівно- та різнорангових норм.

Усе це актуально тим більше, чим більше загальний вектор розвитку суспільства в Україні повертає у напрямку своєї європейської ідентичності. Тому ознайомлення з тими досягненнями європейської культури, зокрема правової, які зі зрозумілих причин не були доступними раніше, є своєчасним і потрібним напрямком роботи української правової науки. У контексті цього праця Меркля, що заслужила у наукових колах свого часу особливу увагу, попри часткову застарілість, чи навіть часткову банальність його тез, усе ще заслуговує на увагу принаймні з кількох наведених нижче причин.

Своєрідний погляд на окремі аспекти тематики норми права, і особливо – техніки правозастосування, а звідси – тлумачення права, контролюваність і вдосконалення, якими характеризувалось у силу свого класового крену радянське право, компенсувався використанням традиційних континентальних правових форм. Радянське право змушене було, задля виправдання свого користування вибудуваними попередніми «суспільними формаціями» формами права, стверджувати про набуття ними «абсолютно нового змісту», про, наприклад, «принципову» відмінність господарського договору між радянськими підприємствами від договору між суб'єктами капіталістичного «господарювання». Однак переважно ця сутність зводилася до надання «радянським договорам» іншого змісту лише через їх «радянську природу», тобто редукція правової форми мала виконати зовсім не формалізоване політичне побажання. З невиконання такого договору не впливала врешті-решт юридично оформлена констатація про неналежність (з тих чи інших причин) «технології» господарювання (так званої неспроможності) і про зміну суб'єкта і таким чином до «інтуїтивного» пошуку системою ефективнішого господаря. А це де-факто

вело не до визнання за соціалістичним господарюванням «вищості» і «кращої господарської ефективності», а лише до виправданої бюрократичними і політичними причинами зацікавленості у консервуванні існуючого стану справ (що було пізніше схарактеризовано як «застійний» період у житті суспільства і держави). Дещо інакше виглядало звинувачення менеджменту у «політичній ворожості» – не випадково у перші періоди радянського господарювання такими частими були процеси зі звинуваченням у шкідництві і ворожості до народу саме в економічній сфері – що лише підтверджує некомпетентність тогочасного керівництва економікою. Тому у недалекому минулому перед правом України, вже значною мірою деідеологізованим (досить загадати лише відповідні статті першого – найбільш захищеного від можливих змін – розділу Конституції України), постало завдання: відмовившись від ідеологічного наповнення, вдосконалити відповідне методологічне, змістовне наповнення, а при нагоді – оголосити про власне бачення і запропонувати його сучасній науці. Оскільки практично загально визнаним є європейський характер основних засад правової системи України, її належність, хоч і з певними застереженнями, до континентальної правової сім'ї, а також з огляду на інтерес України до тісної співпраці з країнами Європейського Союзу аж до готовності вступу до нього, варто уважніше придивитись до досягнень у цій сфері європейської правової науки.

Зміст (тематика) юридичної методології не має «загальноєвропейського» стандарту. Однак з цього не випливає відсутність спільного у праві європейських країн або ж наявність нездоланих відмінностей між системами права країн Європи і, вужче, Європейського Союзу. За відсутності спільного погляду на методіку і методологію права навряд чи були б можливими такі інституції європейського правового простору, як Суд Європейського Союзу (який ще називають, відповідно до не дуже влучного перекладу з англійської мови, Європейським Судом справедливості) та Європейський суд з прав людини, чия судово-практика поступово знаходить в українській правовій науці дедалі більш одностайне визнання. Хоч з огляду на специфічність юридичного мислення, сформованого в радянський період, цей процес просувається досить складно. Європейський суд з прав людини нерідко посилається на рішення щодо однієї країни при вирішенні справи щодо другої, а Суд Європейського Союзу іноді дозволяє собі пояснювати, як має та чи та країна-член ЄС реалізувати його відповідні рі-

шення. Отже, в межах відповідного правового простору не повинно виникати принципових методологічних розбіжностей.

Перевірка і за потреби корекція теоретичного підґрунтя під практичною роботою правової системи загалом і судової системи, зокрема, що має справу з конкретними нормами та їх безпосереднім впливом на суспільство, на відносини між його членами, - нагальне і потрібне завдання. У цьому контексті запропонований Мерклем погляд на норму права здатний допомогти визначити потребу і місце норми права у суспільному механізмі, а також – під дещо іншим кутом зору – роль феномену держави у механізмі правозастосування. Адже держава як носій влади, держава як суспільний менеджер і держава як суб'єкт «звичайних» міжособистісних стосунків – три досить різні іпостасі, кожна з яких має свій специфічний щодо норми права інструментарій і свою більш чи менш унікальну функцію у межах механізму правозастосування, які можуть бути більш точно висвітлені і впорядковані, якщо врахувати тези теоретико-філософської праці Меркля. Адже запропоновані у ній думки стосуються й «чистої» правової практики, і водночас містять міркування, що мають переважно практичне спрямування поряд з високим рівнем їх загальності, їх «теоретичності»; вони водночас досить партикулярні.

Для праці Меркля характерний критичний погляд на правозастосування, який, однак, не має багато спільного з критикою конкретної несправедливості чи з вимогою усунення впливу позаправової аргументації, неправових факторів на право. Навпаки, його погляд спрямований, з одного боку, на уважну реконструкцію форм правореалізації за чинного стану права, а з другого – на місце суб'єкта правозастосування та його роль і можливості у забезпеченні реалізації права.

Дволиким Янусом бачить Меркль кожну норму права. Кожне правове рішення, кожен вирок і ухвала містять не лише «право-виконавчий», а й «правотворчий» аспекти. Такий погляд Меркля на право видається дуже корисним з огляду на стан досліджень у піднятому ним питанні в українському правознавстві. Адже у нас наявність правотворчих елементів у судовій практиці переважно заперечується й до цього часу. Тому видається необхідним підвищення уваги до співвідношення між законом і його застосуванням, а відтак і до того проміжного рівня чи, користуючись удосконаленням термінології, запропонованим Мерклем, *прошарку*, який виникає між нормою права та її «втіленням» у дійсність, її реальністю, а також їх єдності, що їх у філософсько-

юридичній справедливо називають «правовою реальністю».

Важко не помітити актуальність практичного аспекту погляду Меркля, адже він безпосередньо стосується того, що найбільше цікавить усіх, чию поведінку, потенційно чи фактично, регулює право, та й не лише їх. Адже навіть на найбільш прості й однозначно сформульовані норми може бути принаймні два погляди у разі їх застосування: застосовувати чи ні. А відповідь на це питання може, навіть тоді, коли немає суперечності з загальних питань правового світогляду, мати два варіанти: застосувати чи не застосувати. І зміст цієї відповіді, принаймні з наукової, тобто раціонально-логічної точки зору, потребує раціонально-логічного обґрунтування. Інакше суспільству з демократичними цінностями буде важко виправдати зміст того чи того юридичного рішення, що за певних обставин може поставити під загрозу саму демократичність відповідного політичного режиму.

З раціонально-логічного обґрунтування беруть свій початок галузеві та прикладні дослідження у праві (за Кельзеном, цим має й обмежуватись коло їх інтересу і роботи). Не пристаючи на позицію Кельзена, але й не наважуючись повністю заперечити її, слід принаймні визнати: погляд Меркля на конкретизацію норм права, на потребу уважного погляду на це питання не лише справедливий, а й такий, що заслуговує на якнайширшу увагу і врахування. Варто згадати й застереження, яке підкреслює Меркль услід за своїми сучасниками: «із законною силою у кишені можна чинити будь-яке правозастосування». Яскраве застереження від правового авторитаризму і заклик до раціональності та критичного погляду на право, зокрема, і на впорядкування суспільної життєдіяльності загалом.

Дволикість права погляд під кутом теорії пізнання права. Проблема подвійності права

При всій *предметній широті* того, що оточує нас під назвою «право», у сутності його широта одноманітна, воно має *один вигляд*: далекосяжній *множинності змісту* протистоїть у поширеному уявленні про право його вузька одноформність. І єдина ця форма як у прямому, так і в переносному значенні слова. Адже короткозорий сьогоднішній погляд на право бачить лише випадкову, історично сформовану, хоча навіть за сучасного стану справ не єдино можливу, *форму* права: фо-

рму закону¹. І у винагороду за цю обмеженість форми нашому притаманному сьогодні чи то теоретикові, чи то практикові погляду на право відкривається властивий йому широкий і різноманітний зміст. Сьогоднішня систематика права охоплена глибоко структурованою, широкою і чи не невичерпною спеціалізацією відтвореного у формі закону змісту права. Отже, неважко побачити не лише звичний поділ на приватне і публічне право, не лише – у межах цих двох головних сфер права (правильніше було б сказати двох змістів права) – поділ на державне, адміністративне, кримінальне, процесуальне, цивільне, комерційне (господарське) й чимало інших, а й кожне з цих прав, знову належить поправитись – цих змістів права, поділяється: наприклад, цивільне право – на зобов'язальне, речове, сімейне і, зрештою, право осіб (фізичних та юридичних) і т. ін. Однак не помітно здогадів, що, перебуваючи в цій «конструкції» права на певному рівні права, насправді можна знаходитись на першому, другому і далі – залежно від місцезнаходження – на третьому поверсі будівлі, що зветься правом, а вона – ця будівля – на кшталт справжньої архітектурної споруди – має багато поверхів та ще й може природи якою завгодно великою їх кількістю.

Погляньмо зверху, на якому перебуваємо ми зі своїм законом, униз. Там нам відкривається вид на спільну основу всього правового, на конституцію. Поглянувши вгору, ми бачимо сходи правової будівлі з довільною кількістю поверхів угору. Ми дістаємося сфери положень, підзаконних актів, які – відповідно до ієрархії тієї чи тієї владної установи – можуть разом складати багатоступеневу структуру; і вся ця правова будова буде коронована незліченною кількістю рішень, розпоряджень, вироків, експертних висновків чи хай там як називаються індивідуальні правові явища². Зважаючи на численність цих правових явищ, вони, якщо поставити їх на вершину всієї піраміди, мають вигляд її величезної основи, перевернутої догори ногами (що однак не заважає уявити собі цю будову в оберненому напрямку, через що покладена спершу в основу піраміди

¹ Проти переоцінки правової постаті (форми) закону в межах правової системи загалом була спрямована ще моя стаття «Незмінність законів» (Unveränderlichkeit von Gesetzen), Juristische Blätter 46. Jg (1917). – S. 97–98 і 109–111. Пор. також мою роботу «Право у світлі його застосування» (Das Recht im Lichte seiner Anwendung), Deutsche Richterzeitung 1917. – S. 16216, 394–398, 443–450.

² Мабуть, найбільш правильно буде назвати їх усіх спільним ім'ям правочину, під яким, зокрема, належить розуміти і «цивільно-правовий правочин».

конституція тепер стає її вершиною). Якраз конституція і правозастосування (слово, яким ми об'єднуємо всі ті акти, що описані словами «рішення», «розпорядження», «висновки» тощо³) – є невід'ємними підвалинами правової системи. Разом з тим звичне правове вчення – («законовзнавство», як з огляду на основний предмет його інтересу, варто називати цю сферу знань) – неправильно визнало чільне місце у цій системі закону як зв'язковій ланці системи. Водночас цю ланку – «закон» – можна досить легко усунути із системи правових міркувань, хоча за сучасного стану правової культури на практиці навряд чи можна все-рйоз думати про таке.

Буде неправильно стверджувати, що описані вище міркування про правову ієрархію ніколи не діставали відображення в панівному правовому вченні. Попри неприпустиме вивищення й абсолютизацію серединної ланки – закону, – вище-й нижчепорядкові правові явища не були позбавлені уваги. Але як рівноправні, лише більш або менш детально визначені рівні конкретизації вони ще належним чином не аналізувались. І для матеріалістичного праворозуміння, до якого ми схилиємося більшою або меншою мірою і яке підтверджується, зокрема, прикладами слушної критики, наведеної у важливій праці Кельзена «Головні проблеми вчення про державу і право»⁴, ця знижена увага майже не так симптоматична, як те, що панівна юридична систематика, згори вниз і навпаки суцільно матеріально орієнтована. Вона очевидно повністю абстрагується від описаних вище формальних відмінностей, від подвійності, ба навіть багатоманітності правових форм, тобто власне від відмінностей самого права. Панівна правова систематика вже зазнавала нарікань і звинувачень, зокрема фундаментальний поділ права на публічне та приватне право

³ Точніше кажучи, сфера правозастосування значно ширша, адже вона бере свій початок безпосередньо з правотворення («законодавства» в первинному, безпосередньому значенні слова), яке і є її першою стадією – стадією застосування конституції. Можливо, варто спробувати й саму конституцію визначити як акт правозастосування – якщо вдасться представити її як застосування тих правових принципів, на яких і збудована конституція.

⁴ Пор., зокрема, загальну характеристику, Вступ до «Головних проблем...», С. IX/X. – як монументальну працю, що належить до принципово формалістичної правової позиції, тут також доречно згадати працю Фелікса Сомло «Вчення про основи юриспруденції» (Juristische Grundlehre), тому що мені цей блискучий і відомий теоретик права слугував прикладом під час підготовки цієї роботи.

вже наразився на нищівну критику, що її висловлювали *Вейр* і *Кельзен*; однак усе ще бракує повністю переглянутої, такої, що більше відповідає б поняттю права, систематики, яка має поділити право на конституційне, «законне», підзаконне і, нарешті, найнижче – «рішеннєве» і «розпорядне»⁵.⁶ Відсутній, залишаючись у межах ужитої аналогії, коректний погляд на третій вимір права, на його вищі та нижчі рівні ієрархії, тоді як обидва інші виміри розширюються понад необхідну міру. Лише тоді, коли зазначену *двовимірність* права буде замінено на *трьохвимірність*, а уявний *рівень* – на більш відповідне йому поняття *прошарку*, тоді переоцінене поняття матеріального змісту права знову повернеться до належних йому рамок і правова форма набуде належного їй місця.

Спитаємо ж себе про підставу існуючого обмеження погляду на право, внаслідок якого закон і принаймні – як видозміна форми закону – конституція, а крім них, жоден інший позначений шляхом надання йому певної усталеної правової форми вид права нами повноцінно не визначено й не визнано. У пошуку відповіді ми прийдемо до пояснення, що ми – маємо на увазі як юристів-практиків, так і теоретиків права – розглядаємо всю сукупність правового феномену переважно як правозастосування, що перебуває в руках правозастосувача. Можливо, покликанням якої-небудь частини юриспруденції і має бути вивчення феномену правозастосувача – чи радше назвемо цю професію суддею як найхарактерніший її (професії) тип. Але юриспруденція навряд чи здатна вміститись у прокрустове ложе цього вузького завдання. Зорієнтована на застосування права суддею, юриспруденція насправді не обмежується навіть тим, що вона досліджує і пояснює ще не застосоване, а лише додатне для застосування право. Навпаки, попри неусвідомлене

обмеження себе формою закону, яка містить право у його неповноцінному, бо незавершеному (застосуванням) вираженні, вона шукає шляхів, потрібних і додатних для того, щоб якнайповніше зобразити все (а не тільки «законне») право. Неспроможність юриспруденції втиснути всю сукупність правового матеріалу в прокрустове ложе закону буде розглянуто нижче з іще більшою детальністю і наочністю.

Якщо вище я закидав панівному вченню, що воно вважається лише з правовою формою закону, то видається, що цьому протистоїть не лише наявність, крім закону у вузькому розумінні, ще конституції та нормативно-правових підзаконних актів, а й, крім того, існування правових звичаїв, яким надається більш чи менш важливе значення у праві. Але неважко помітити тенденцію нівелювання всіх цих джерел разом із вивіщенням закону і, зрештою, спроб підміни єдино можливої форми їх співвідношення – субординації та, як наслідок, делегування правомочностей від вищого до нижчого – підміни координацією між ними. *Конституційне право*, що *prima facie* (першорядно – прим. перекл.) вивіщується над законом, як на звичний погляд на правозастосування, деградує до рівня звичного закону через те, що кожен виданий по тому й «у належний спосіб оприлюднений закон», який більш чи менш довільно поводить з конституційними прерогативами, вважається таким, що має однакову з ними юридичну силу. Делеговане ж право, що впливає з *положень*, у звичних працях з питань права ставиться практично на той самий щабель, що й закон. А теорія про «самостійне правоположення», яка, як відомо, має значну популярність і поширення, безумовно, має бути віднесена, крім належності до абсолютистських схильностей, ще й до згаданої тенденції нівелювання відмінності між законом і нижчими формами права. І, зрештою, не буде великою помилкою стверджувати, що звична координація між законом і звичаєвим правом (замість єдино можливої субординації) пояснюється незвичністю властивого праву явища делегування, а разом з тим і недостатньою глибиною опрацювання питання тривимірності права⁷. Мені здається, що з усього викладеного вище явно вимальовується

⁵ У межах окремих визначених за формальним підходом сфер права (конституційного, законного, підзаконного) залишатиметься тоді місце для поділу за матеріальними критеріями.

⁶ Цій зорієнтованій за формальним підходом систематиці в сучасному праві відповідає вже те, що навряд чи існує бодай *одна* система права, у якій відсутнє конституційне право. Але, як свідчить синонім цього права – поняття «державне право», – межа поділу між конституційним правом і його іншими сферами пролягає не вздовж лінії поділу рівнів конкретизації (тобто між конституцією і «підконституційними» актами. – *Прим. перекл.*), а йдеться радше про комплекс певних правових утворень незалежно від рівня конкретизації, які з огляду на їхнє особливе значення для *держави* охоплюються загальною назвою «державне право».

⁷ І Кельзен у зазначеному місці не відстежував до останнього багаторівневого характеру права, а натомість – і з огляду на сучасний стан справ помилково – зробив зупинку на конституційному рівні (прошарку), через що конституція набула характеру трансценденції щодо держави і права і, як наслідок, також, як мені здається, можливість «неконституційності» конституційного права мала відпасти сама по собі.

моністична тенденція, виражена в намаганні редукувати, звузити все право до одного чи незначної кількості одноформних та рівносильних, належних до одного рівня правових утворень.

Я протиставляю цьому у певному сенсі дуалістичне або плюралістичне праворозуміння⁸. Я розрізняю багато, проте щонайменше два різних обличчя права, що виявляють відмітний один від одного зміст. Цей зміст різниться залежно від того, яку позицію зайняти, і залежно від того, яку форму йому має бути надано. Відмітність між змістом закону на різних рівнях його конкретизації полягає в розширенні його тими додатками, чи, точніше, – складниками, які випливають із суб'єктивізму відповідного органу⁹, що діє на своєму рівні правотворення чи правозастосування¹⁰ докладаючись до сконструйованого на вищому рівні правотворення чи правозастосування об'єктивного права. Процес правотворення і правозастосування, що безпосередньо базується на принципі поділу праці, буде зрозумілий абсолютно хибно, якщо в будь-який момент цього процесу – а особливо улюбленим, як буде доведено далі, є рівень закону – його буде *перервано*. Адже після цього, незалежно від подальшого перебігу цього процесу, матиме місце факт суттєвого порушення єдності верхнього і нижнього рівнів права, таке собі виривання землі з-під ніг, після чого говорити про єдність і непорушність процесу правозастосування немає сенсу. Правотворення чи правозастосування, як відомо, відбувається в такий спосіб, що орган¹¹, уповноважений його здійснювати, більш чи менш інтенсивно індивідуалізує і конкретизує дане йому більш чи менш широке уповноваження щодо абстрактного і загального правового змісту. При цьому очевидно має місце специфічна комбінація суб'єктивного та об'єктивного факторів¹². До

⁸ Так само в цитованих вище моїх працях я – разом з іншими авторами, які моментами торкаються цього питання – зокрема у праці в «Deutschen Richterzeitung» («Німецька суддівська газета»), а також у статті «Die Rechtseinheit des österreichischen Staates» («Єдність права австрійської держави»), Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 37 (1918), S. 56ff21, уже торкнувся зазначених питань.

⁹ Чи варто при цьому говорити про орган як орган держави, я залишу поза увагою.

¹⁰ Стосовно зазначеної тут відносності понять правотворення та правозастосування маю звернути увагу на обидві згадані мною вище мої праці, а також на зазначене у виносці 3.

¹¹ Пор. виноску 10.

¹² Першим об'єктивним фактором є конституція; поряд із різними матеріально-правовими положеннями вона містить переважно процесуальні положення що-

того ж, вплив суб'єктивного фактора тим більший, чим загальніша і бідніша на зміст конституція, що його обмежує, і особливіший і повніший за змістом – втручання органу-суб'єкта, наділеного відповідним повноваженням, у сферу інших; словом, чим більша відстань між найабстрактнішим і найконкретнішим рівнями правової системи і чим менше проміжних ланок існує між ними і поєднує їх в одне право. Платонів суддя-король є прикладом безпосереднього виконавця конституції, яка – відмовляючись від будь-якого абстрактно-загального законодавства, – обмежується тим, що уповноважує суддю-короля до виконання власних, позначених найвищою мудрістю рішень. Яка ж відстань між змістами права, що перебувають на одному й на другому полюсах за такого правового стану! З огляду на таку внутрішню змістову різноманітність, важко повірити, що йдеться при цьому про той самий зміст, про ту саму систему права. Так само не ймовірно й те, що «змісти» права, розділені між собою лише одним, хоча й з не обмеженим жодними матеріальними рамками, суб'єктом, належать тій самій системі права. Наука права, що спробує поєднати такі віддалені між собою правові явища одним змістом, мабуть, постане перед нездійсненним завданням і створить лише розірвану, мозаїчну картину. Але й тоді, коли, як за сучасного стану правової культури, процес правотворення поділений між цілою низкою факторів і суб'єктів, між різними прошарками конкретизації права постають змістові відмінності. Не зважати на них було б так само неприпустимо, як і приставати на описану схему простого поєднання конституції та безпосереднього її застосування. До речі, тоді конституція лише в проголошенні такого застосування, а фактично – у санкціонуванні свавілля, і полягатиме. До того ж, у ситуаціях із делегуванням загроза заплутування обома правовими інстанціями шляху до розуміння змісту права лише зростає. Це відбувається через тісний зв'язок між органами, покликаними

до процесу правотворення і правозастосування, першою фазою яких, тією, що йде безпосередньо за створенням конституції, є законотворчий процес; і одним із найпомітніших положень конституції, що визначає цей процес, є знову ж таки припис, що визначає компетенцію, надану правотворцеві для створення чи для застосування права у визначених тут же, у конституції, межах. Подібно звичайні закони містять поряд із зазначеними матеріально-правовими процедурні положення, що визначають суб'єктивний фактор, який має далі деталізувати й конкретизувати загальний та абстрактний закон. І, отже, неважко уявити собі нескінченну комбінацію суб'єктивного й об'єктивного факторів.

здійснювати правотворення і правозастосування, – досить згадати лише рамкове законодавство й закони про введення в дію законів, або закони і підзаконні акти, та й, зрештою, дві ієрархічно побудовані інстанції з правом видання положень! Адже за такої багаторівневості окремих правових форм і, відповідно, тісного їх нашарування одна на одну для суб'єктивного, похідного від суб'єкта – творця права впливу, іншими словами, – для його вільного розсуду, не так багато місця. Тому матеріальна відмітність між окремими рівнями виявляється обмеженою. Але хоч би яким великим або малим був цей вільний розсуд, на нього треба зважати. Тому між правом на вищому і правом на нижчому рівнях конкретизації завжди й усюди постає та різниця, що утворення вищого порядку визначає лише сферу й орган, а вже на нижчому рівні ця сфера постає у певний спосіб матеріально наповненою.

Отже, *право обов'язково визначається* двома сферами – сферою абсолютного правотворення та сферою абсолютного правозастосування. Поміж ними ще може поставати як завгодно багато рівнів, що виявлятимуться чи то відносним правотворенням, чи то відносним правозастосуванням. Однак абсолютне правотворення й абсолютне правозастосування – два обличчя (або ж *подвійне обличчя*) права. Визнання цього факту породжує глибоку суперечність з існуючим уявленням про норми права, яке, попри всю очевидність описаного погляду на ієрархію всередині права, зрештою, об'єднує всі ці явища в одне. Та обставина, що з позитивно-правового погляду право переважно складається з дещо більшої кількості рівнів, ніж два, є не принциповою, а лише відносною відмінністю. Коли одноманітність права усунено позицією, що бачить дві його сторони, два «обличчя», то до багаторівневості лишається тільки один крок.

Однак про дволикість права можна говорити й ще в одному розумінні. Проте це розуміння зумовлено визнанням описаної вище властивості права.

Передумовою при цьому виступає те, що право розпадається на об'єктивну і суб'єктивну компоненти. На наступному за ієрархією, нижчому або вищому (кому що до вподоби) рівні, об'єктивна компонента має залишатися незмінною, а суб'єктивна – трансформованою чи то об'єктивованою органом, якому делеговано відповідні повноваження, у специфічний, залежний від його власних характеристик спосіб.¹³ Однак

вочевидь водночас ідеться й про правозастосування, коли в такому розвиненішому утворенні неможливо розпізнати початкове, коли й об'єктивна частина початкового стає охопленою цим перетворенням, коли вона зазнає змін. З поділом права на два чи більше утворення постає можливість того, що вужче утворення (щодо якого означення «вужче», та й, зрештою, характеристика якого як правового утворення може вже бути невиправданою) неможливо углядіти в ширшому, це ширше не виявляє логічного взаємозв'язку з вужчим. Принаймні критичний (чи, може, наївний) спостерігач обов'язково це побачить. Однак уявний (чи, може, справжній?) правозастосувач стверджує протилежне. Ми говоримо про неконституційні закони, протиправні положення, вироки, розпорядження, одне слово – про протиправні діяння органів, з погляду держави – про нікчемні й спірні акти держави, але ж з погляду органу чи псевдооргану, що їх учинив, ці акти є правомірними і формально такий вигляд і мають. Тому залежно від того, чи стати на позицію органу, що діяв, чи дотримуватися погляду об'єктивного спостерігача, право буде порушеним або ж непорушеним. Таким чином, можна говорити чи не про дві різні системи права – систему правопізнання (що вимагає безпомилковості) і систему правозастосування, які не збігаються, ба навіть конфліктують одна з одною, а відтак постає питання: хто з них має рацію чи рацію мають обидва підходи? Про протистояння цих двох підходів ітиметься далі.

Примат правозастосування

Якби природнича наука спробувала закинути предметові свого інтересу – природі – неприродну поведінку, тобто неприродність природних процесів – який вигляд при цьому вона мала б? Вихід за межі своєї наукової компетенції – ось мінімальне, мабуть, навіть надто м'яке звинувачення, що пролунало б у такому разі. Чи не робить подібної помилки правова наука, що, як відомо, втручається в процес пошуку права, оголошуючи свої оцінки та вироки, стверджуючи, що те або те у праві – правильне, а інше – ні? Вона ж бо намагається висловити законодавцеві поради щодо того, як робити закони, судді – щодо змісту, який повинно мати його судочинство, державному службовцю – щодо змісту управлін-

¹³ Поряд із (матеріальною) детермінацією часто має місце (формальна) вказівка ще на один, інший, орган. Те, що законодавець у межах свого законодавчого

розсуду часто залишає в законі місце для суддівського розсуду, що він узагалі часто передбачає подальшу детермінацію і конкретизацію права іншим органом, є типовим прикладом такого субделегування.

ських завдань, а, крім того, не уникає і критики вже вчиненого право застосування.

Справді: поки права ще не існує, правознавство, правова наука не мають жодного поля для своєї діяльності – так само, як природнича наука неможлива без природи – і творець права є для науки права попередником, а не послідовником. Ця обставина справді надто побіжно сприйнята панівним науковим ученням про право, яке – а далі ми побачимо, наскільки далеко – наважилося відігравати роль правотворця. Але ж вище було показано, наскільки нерозривними між собою є функції правотворення і правозастосування в різноманітних формах прояву права. Включення суб'єкта чи норми до ієрархії правових явищ означає їх підпорядкування «правоутворенням» (правовим явищам) вищого рівня, причому питання про те, чи реалізовані належно відносини підпорядкування, на перший погляд дає змогу здійснювати логічний контроль за його реалізацією. Оспорювання цієї можливості контролю означає – разом із запереченням у такий спосіб можливості правової науки як такої – усунення відносин підпорядкування, відносин ієрархічності у праві взагалі, а відтак у перетворенні правозастосування на правотворення на всіх і будь-якому рівні.

Але після цього попереднього висновку все ж спробуємо поетапно здійснити це намагання довести пріоритет правозастосування перед правовою наукою, перш ніж критикувати його! Для цього підемо за глибоким міркуванням філософа права Фріца Зандера, чия – як видається, монументальна – правова теорія з великим напруженням очікують фахівці¹⁴.

Ми бачимо, як, набираючи силу закону, різні правопорушення (чи, як мінімум, різні вчинки, що їх здоровий глузд змушує вважати порушеннями) автоматично тягнуть за собою санкції¹⁵. А отже, все, що так званий правозастосувач вважає правом і відповідно *застосовує* як право (правильніше буде сказати – *встановлює* як право), відтак набуває чинності права. Всі поняття мови права через нього дістають певне, можливо, більш чи менш відмінне від нормальної мови значення. Отже, завжди і в усьому слід зачекати на дію правозастосувача, який надасть приписові закону чи підзаконного акта певного специфічного

вигляду. Тим часом право перед стадією його застосування, цієї останньої сходинки правотворення, видається не лише неповним, «недоробленим», а таким, що не створене взагалі. Адже існує можливість, що визначену конституцією, законом чи підзаконним актом лінію очікує зигзаг правозастосувача: відсутня підстава, що має визначити для правозастосувача, як саме він повинен реалізувати загально-абстрактну форму правової матерії (закону, конституції чи підзаконного акта).

Це веде до наслідку, що правова наука взагалі стоїть перед заборорою визначати зміст права, перш ніж правозастосувач – хай то буде суддя чи державний службовець – сказав своє слово, а за такої ситуації їй залишається можливість звернутися тільки до найбільш зовнішнього опису – опису правозастосувача, який і визначає зміст права.

Хто ж відіграє роль того всесильного й загадкового правозастосувача? Чи може наука права зробити *відповідь на це запитання* предметом свого пізнання? Якщо вона може це, то не такою вже й безсилою залишається її роль, на противагу зовні невеликим можливостям після всього сказаного. Адже тоді *правозастосування* все ж таки стає предметом *пізнання*, а тому питається: чому пізнання не може вийти за рамки цього формального питання?

У конституції, крім визначення назви законодавчого органу, міститься велика низка вказівок – вказівок законодавцеві – про форму та зміст законів. На перший погляд, ці два комплекси застережень – назва і вказівки – не повинні мати різної ваги. А отже, коли на підставі конституції буде визначено, хто є законодавцем, не можна не перевірити також (за допомогою здорового глузду, який само собою визнає за законодавцем його законодавчі преференції), чи правильний *шлях* обрав законодавець, створюючи той або той закон. Таке саме запитання ми маємо поставити собі, коли очима здорового глузду бачимо «помилку права» чи «помилку факту», тобто неправильне застосування суддею права чи неправильно встановлений ним факт. У мові закону немає різниці, коли вона, з одного боку, уповноважує суддю на суддівство, а з другого – дає йому для цього чималу палицю матеріального та формального права. Бо ж коли весь повністю правовий масив має формулюватися певною зрозумілою лише правозастосувачеві мовою, та ще й такою, що найбільш курйозний її зміст, найкрупніші зигзаги правозастосувача порівняно з послідовністю здорового глузду набувають ваги особливої премудрості, то обмежене рамками здорового глузду пізнання не може й не мусить сказати нічого певного і про самого правозастосувача,

¹⁴ Пор. з глибокими й блискучими міркуваннями Фріца Зандера у «Правовій науці і матеріалізмі» («Rechtswissenschaft und Materialismus»), Juristische Blätter, 1918.

¹⁵ Чи справді в таких випадках настає чинність, тобто вони набирають сили закону, буде перевірено далі.

його особу, організацію тощо. Отже, жодний вищий рівень не може говорити про зміст нижчого і, зрештою, найнижчого рівня – правозастосування. Так званий правозастосувач, чи хай там скільки їх, у певному розумінні був би за таких обставин володарем з власного, а не згори встановленого права. А панівна думка про їх легітимізацію через закон як вищу щодо них інстанцію та їхній взаємозв'язок і взаємодію як зорієнтованої на цілі закону сукупності виконавців у такому разі нездійсненна – вони ж бо ізольовані своєю окремішністю. Це призводить до відсутності предмета правозастосування, а ця сфера докладення зусиль сама набуває всіх рис правотворення. Але так само й норма про силу (чинність) права зависає в повітрі й ставить усю чинність права під певний сумнів. Оскільки вона виходить за межі лише організаційних приписів щодо правозастосувача і є важливим складником матеріального змісту права, її так само не у змозі досягнути та сила здорового глузду, якій ми раніше відмовили в зобов'язальному характері саме через суверенність правозастосувача.

Але, на щастя, чинність права в більш чи менш широким межах, що охоплюють усі відхилення й вибрики уявного правозастосувача, насправді взагалі ненормована. А заснованої на зворотному твердженні норми про те, що кожне відхилення від здорового глузду все одно веде до творення нової норми права, відмінної від тієї, в основі якої лежить той самий здоровий глузд, навіть якщо проти такої норми неможливий жодний вищий захист (наприклад, рішення найвищої інстанції), насправді не існує. Тим часом твердження про те, що, наприклад, вирок Найвищого Суду чи взагалі будь-якої останньої інстанції, якщо воно з погляду здорового глузду неправильне, *логічно* хибне, *юридично* залишається чинним, реалізуючи право, є хоча й поширеною думкою, але все ж таки насамперед думкою початківців, аматорів. Як це можливо? Чи можливо це через те, що рішення прийняте останньою інстанцією, що воно остаточне? Але хіба тоді з погляду здорового глузду (позиція юридична хай поки що залишиться поза увагою) помилкове, неправильне рішення було прийнято *останньою* інстанцією, ба більше – хіба воно було прийняте *правовою інстанцією*? Той самий закон, який легітимізує рішення цієї інстанції, уповноважуючи її, поряд з цим уповноваженням установлює ще низку передумов, що мають бути виконані разом із прийняттям чи, правильніше, – під час прийняття цього рішення. Якщо ж ми абстрагуємося від цих вимог *до змісту*, чи, точніше, передумов – з огляду на те, що виконуються

певні *особистісні, персональні* передумови (передумови щодо персони правозастосувача), то ми вочевидь слідуємо, як я часом дозволяю собі сказати, наївній психології суддівської мантії та палацу правосуддя, підходу маленької людини, яка схиляється перед будівлею суду з її мантиями і коридорами, а не перед застосуванням судом того, що довірено йому разом із такими високими видимими формальними ознаками, як мантия і стілець, – застосуванням *права*, що власне й робить суддю *суддею*¹⁶. Від визнання за особою права судити на основі таких «результатів пізнання» і до припущення, що кожен зі свистком і кобурою – міліціонер, як мені видається, невелика відстань. Хай бракує лише *однієї* ознаки поняття судді – як у випадку з незначним порушенням установленого законом *шляху*, – чи хай будуть відсутні *всі*, за винятком *однієї*, різниця видається мені не якісною, а кількісною, відносною. Адже в обох випадках відсутнє *щось, що* передбачене законодавцем. Скільки ж його, багато чи мало, – питання другорядне.

Питання, що постає з усіх цих міркувань (чи є логічно небездоганне застосування права дією правозастосувача взагалі), походить, коли не формулюванням, то принаймні своїм змістом від Ганса *Кельзена*. І його позиція така сама, як висловлене вище заперечення, – хоча, врешті-решт, *Кельзен* і дає на нього ствердну відповідь.

Це Гансові *Кельзену* завдячує своїм існуванням така чужа сучасному підходу і панівній думці позиція, що «брак будь-якої з наявних вимог тягне за собою *нікчемність*», що «в разі помилковості норми її тлумачення може мати своїм наслідком тільки *нікчемність*, нульову силу». «Якщо бодай *одна* вимога відсутня, то за загальними правилами логіки рішення про зарахування наслідку (приписування наслідку відповідному суб'єктові) не може бути ухвалене»¹⁷. Більш класичне формулювання принципу правової однакової важливості всіх вимог права сформулювати було б важко.

Цитований вище принцип однаковою мірою стосується всіх органів (держави тощо) і не терпить жодних винятків, зокрема щодо вищих органів. Якщо щодо них, як правило, і відсутня санкція, що карає за відхилення від правомірної поведінки і якщо, сказати б, від їхньої доброї во-

¹⁶ За такого підходу ми маємо справу з іще однією карикатурною формою антропоморфізму.

¹⁷ Кельзен (Kelsen). Про державне неправо (Über Staatsunrecht), Separatabdruck aus der Grünhut'schen Zeitschrift, 1915. – S. 91–92.

лі, а затим і від їхнього вникнення у справу¹⁸ залежить те, застосують вони право чи ні, то й очевидно нічого не заважає все ж таки зробити бодай висновок, що той чи той – хай там навіть останній, тобто незаперечний, безапеляційний – орган у певному випадку не застосував право чи застосував неправильно, припустився помилки. Кельзен з огляду на свою, мусимо визнати – правильну – позицію, мав, будучи послідовним, сказати: коли Верховний Суд ухвалює своє рішення неповним складом, то він не чинить право і те, що він ухвалив, не є «рішенням Верховного Суду». Чи це, власне (якщо піти далі), навіть не Верховний Суд, що реалізується в цьому рішенні? Ні, це все ж не так, заперечать мені, це рішення – рішення Верховного Суду, *це є його рішенням, це є правом*, адже немає засобу, що дає змогу позбавити сили цей спірний «юдикат»: немає засобу оскаржити – отже, є лише законна сила! У цьому спорі між твердженням сторони (особи) і органу Кельзен хоче віддати перевагу Органу¹⁹. Але ж за умови, що кожна вада, кожна хиба виконання вимог закону має своїм наслідком нікчемність відповідного акту, то, коли порушення очевидне, так само і відсутність правової сили такого акту мала би бути очевидною. І Зандер каже²⁰ з приголомшливою рішучістю, що «із законною силою («у кишені») можна чинити яке-завгодно «застосування» норми». (Він сам визнає, взявши застосування в окремі лапки, що цим так влучно потрапив у саме серце поняття застосування, що разом убив його).

Тут не місце визначати *ex professo* ставлення до проблеми законної сили, що, як мені здається, перебуває у вільному взаємозв'язку, і не більше, з нашою темою. Тут я хочу лише встановити: феномен законної сили, що слугує санкціонуванню сили неправильного права, хибних державних актів, слугує легітимації помилкових діянь органів держави, є переобтяженим, на мою думку, значно необґрунтовано. Законна сила, як її розуміють сьогодні, – до певної міри принцип правової логіки, що подібно до методу *lex posterior* спрямований на подолання конфліктів у праві, – є зручним, але, на жаль, непридатним засобом, псевдоправовим явищем, що, однак, знаходить шлях до асиміляції з правом і таким чином – до подолання розбіжності між дійсністю

і цінністю. Проте позитивно-правове визнання принципу законної сили *не простягається* так далеко, і тому метод його застосування значною мірою відображає його природно-правове походження. Законна сила в розумінні сили, що перетворює апріорне неправо на апостеріорне право (а таке її розуміння не є первинним і, тим більше, зовсім не обов'язковим її смислом), здається мені викликаною *виразним*, спрямованим *розпорядженням позитивного права*. Я в жодному разі не заперечую здатності права перетворювати «неправо» на до певної міри «право», робити його правильним. Таким прикладом може слугувати відома фабула ухвали «Контумац», якою суддя через недотримання відповідачем строків зобов'язав його повернути позику, що її позивач ніколи не надавав. Вирок у цьому разі зовсім не означає, що позику справді було надано. Його зміст – це визнання того, що позика має бути поверненою, *хоча* її насправді не надавали. І якщо є засіб правового захисту (оскарження), а відповідач (хай ним буде особа, звинувачена в крадіжці, – крадій), хоч він насправді й не крав, не скористається ним, то його буде покарано відповідно до передбаченого нормою покарання. У такому разі законна сила судового рішення, що по закінченні передбаченого законом строку для оскарження стає «правильним», виникає, очевидно, з позитивно-правового розпорядження. Позитивне право «хоче», щоб і «невинний», коли він своєчасно не оскаржує рішення, був покараний. Однак у випадку рішення останньої інстанції все має зовсім інший вигляд. У цьому самому випадку висновок про законну силу можна дійти через визнання того, що законодавець не побажав припускати подальшого регресу, і тому навіть у разі неправового, протиправного рішення беззастережно санкціонував його законну силу. За такого уявлення стає очевидним, що опортунізм визнання за фактом нормативної сили посів місце легальності і таким чином природне право посіло місце права позитивно-го.

Акт, що через позитивно-правове унормування його законної сили набирає «законної сили», безумовно, належить розглядати як акт застосування права. Застосування права в цьому разі є логічним *prius* і набрання рішенням законної сили відтак логічним *posterius*. Тим часом позаправове, чи то пак, природно-правове, походження того попереднього варіанта виявляє себе в такий спосіб, що правова сила має характер *prius*, що перетворює очевидні випадки не(правильного) застосування на своєрідні правильні випадки. Зандер своїм гострим поглядом не пропускає це повз свою увагу і тому наголошує: коли *кожне і будь-яке* «за-

¹⁸ З цього моменту, що так влучно характеризує принцип непорушної правоти правозастосувача, відкривається нова перспектива, яка дає змогу повніше зрозуміти на перший погляд такий безглуздий вислів, що тому, кому дано посаду, зараз дано й клепки для неї.

¹⁹ Про державне неправо (див. виноску вище). – С. 92–93.

²⁰ Пор.: Окреме видання цитованої статті Бандера. – С. 13.

стосування» права завдяки його законній силі визнаватиметься правомірним, «виникає» загроза, що застосована норма права може бути позбавлена свого змісту, ба будь-якого змісту, і перетворена на ніщо без жодного сенсу»²¹.

Підсумовуючи: проти висловленого в цих міркуваннях припущення про *нормативний* характер феномену законної сили свідчить те міркування, що вищою мірою непослідовним буде за допомогою здорового глузду визначити його зміст, аби потім за його допомогою віддати правозастосувачеві безмежне, а безмежне означає водночас і неправильне, повноваження на правозастосування. Якщо *здоровим глуздом можна визначити законну силу*, то неможливо пояснити, чому ним же не можна *визначити змісту норм* і, визначивши їх, мати можливість *перевірити правозастосування*. А це визначення має початися з того, що в численних випадках, де існує припущення стосовно законної сили, через відсутність позитивно-правового нормування слід заперечувати її присутність і, отже, частіше звертатися до контролю правозастосування й викривати його помилки.

Якщо ж законна сила не іманентна, не властива, а трансцендентна позитивному праву, тобто є не *предметом*, а передумовою визначення права, то право і правозастосувач, установлені, «інтронізовані» таким правопорядком, вище вже досить детально охарактеризовані. Сила, факт реалізації, чинність визначають тоді владу кожного державного акта, кожного окремого правозастосувача. Замість визначення загального порядку, який *in pace* охоплює і поєднує воєдино «належністю до чинного права» всі акти і їх творців, потрібно зробити тоді перехід до множинності й окремішності кожного акту і кожного правозастосувача, що мають як такі витримати випробування цією своєю окремішністю. Така правова позиція відштовхується від фактичної дійсності зазначених актів та органів і намагається шляхом звернення до думки – тут геть неналежної, адже в принципі за таких обставин відсутні конституція, закони, підзаконні акти, оскільки бракує будь-якої правової пов'язаності між ними – поєднати все це правозастосуванням як цементом цілісної системи. Замість сходження згори-донизу від єдності конституції до множинності нижчерангових правових явищ робиться спроба здійснити підйом від множинності до відкинutoї (але такої необхідної і тому бажаної) і тому недосяжної єдності.

Примат правопізнання (визначення права)

²¹ Там само. – С. 13.

Кожне застосування вимагає чогось, що має бути застосоване, так само, як будь-що зумовлене вимагає умови.

Якщо правозастосування віддано у вільну диспозицію правозастосувача – а яким іще є застосування, як не довільним, коли здоровому глуздові не дозволено перевірити його, більше того, правозастосувач через запровадження законної сили сам уповноважується чинити всупереч власному здоровому глузду – тоді зміст «застосування» розпливається, адже його межі (тобто визначені конституцією, законом, підзаконним актом більш-менш чіткі кордони) усуваються, а саме найменування «правозастосування» стає не те що соромливим, а навіть брехливим прикриттям для його справжнього змісту – правотворення. Якщо узагальнено сформульована норма права втрачає своє визначене звичайним мовним смислом слів значення, то постає серйозне питання: яким же є той смисл, у визначенні якого задіяні законодавець і його менший брат – «підзаконотворець», смисл, який не втаємничений у правозастосування навіть не зможе пізнати і на який «правозастосувач» може взагалі-то й не зважати, бо ж він уповноважений крутити ним, «як циган сонцем».

Ні, якщо поняття правозастосування не може бути знівельоване в такий спосіб, то і його «патрон», право, що його належить застосувати, не може втратити своєї ролі. А разом з тим і *можливість логічної розбіжності* через порушення компетенції правозастосувача має бути визнаною. Постає питання спроможності здорового глузду розпізнати цю розбіжність і вказати на її хибність. І, можливо, вчення, яке ми намагаємося спростувати, говорить лише про те, що правозастосувач справді може чинити логічні помилки, однак вони, через те що лише *він здатний* розуміти правову мову, є його незбагненою для інших тасмницею. І це питання намагається порушити і розв'язати Фріц Зандер²²: «І хто ж мусить бути останнім, «абсолютним» правозастосувачем? Сторонній спостерігач чи покликаний до застосування позитивного права позитивно визначений орган держави?»²³. Подібне зауважує і Кельзен: «Насправді переважно стається так, що проти акта держави... виступає «сторона» в спорі, тобто особа, яка не тотожна державі, не іден-

²² Там само. – С. 13.

²³ Мені здається, що за цим риторичним запитанням стоїть питання власне не про можливість помилки, якої може припуститися правозастосувач, застосовуючи право, а про здатність, спроможність стороннього спостерігача виправити цю помилку чи принаймні спонукати до її виправлення.

тична її органу, а навпаки – та, що виступила *проти* держави... І в такому разі само собою зрозуміло, що держава віддає перевагу своєму власному твердженню і розумінню і за певних вимог..., а саме за вимог предметної (компетенційної) та матеріальної правильності²⁴, лише тоді погоджується з існуванням помилки, коли не лише і не просто індивід, особа, сторона або й усе суспільство (тоді, коли воно уявляється як протипага «держави») оголосили про помилку, а коли держава сама встановила її чи погодилася з її існуванням²⁵.

Однак чи справді розуміння застосованого джерела права «зарезервовано» за підпорядкованим (праву) органом і де у праві міститься таке застереження? Повноваження до правозастосування означає лише, що делеговано тільки владу чинити так чи так, але не делеговано єдино правильну здатність визначати зміст права. Це зрештою виливається в психологічний дуалізм волі і пізнання. Правомірну «волю» можна запросто делегувати правозастосувачеві, але пізнання того, що саме є правомірним, яке водночас є пізнанням правомірності волі застосувача, зарезервувати за іншими факторами.

Але хто ж є тим фактором, якому підпорядковане пізнання права його застосувачем? Наведені вище цитати згадують «особу, яка виступила проти держави», «індивіда» (який у розумінні питань права запросто може виявитись «ніким»). Однак зовсім не обов'язково уявляти собі зацікавлену в тому чи тому вирішенні питання підпорядковану праву особу, щоб уявити собі дві протилежні правові позиції. Двома сторонами, що протистоять у цьому разі, є зацікавлене (у тому чи тому вирішенні питання) *правозастосування* і нейтральна (з огляду хоча б на свої цілі) *правова наука*. Як бачимо, ці два інститути можуть мати щодо *правомірності* в тому чи тому випадку різні погляди на правомірність. Узагалі-то така ситуація є звичною, щоб не сказати повсякденною. Але за яким же з цих двох поглядів справді криється дійсне, правильне право?²⁶

Відповідь на запитання «Що є істиною?» в цьому доволі сумнівному випадку не варто давати нашвидкуруч, хоча на перший погляд це й видається доречним. У цьому протистоянні рі-

шення на користь *правової науки* може видаватись набагато ближчим і зрозумілішим. Воно й справді видається правильним, але з певними обмеженнями. І ці обмеження вимагають обґрунтування набагато інтенсивніше, ніж це видається на перший погляд. Адже зовсім не важко збагнути, що наука при описі змісту тієї чи тієї вимоги права звертається до вже застосованого, до результату правозастосування. Вище я вже зазначив, що правова наука вимагає, аби процес творення права вже відбувся (адже пізнати можна лише той об'єкт, що вже існує), і в іншому місці вказав на те, що правотворення і правозастосування відрізняються лише напрямом, у якому вони, відповідно кожна, спрямовують свій погляд на право, але не предметом цього погляду – правом і в одному, і в другому випадку. Отже, неважко зробити висновок, що правова наука має зачекати на акт правозастосування, щоб мати можливість сказати, що є правом у тому чи тому випадку. Я вже звертався до перефразування слів поета про те, що «коли хочеш знати, що правом назвати, – спіши в правозастосувача запитати!» Це означає, як детальніше буде пояснено далі, зовсім не «відлучення від трону» науки права, а навпаки – її самотвердження і визначення належного їй місця.

Коли я, з одного боку, вище висловився проти применшення значення правової науки, то, з другого, мене ніщо не стримує від того, аби вказати на її неприпустимі дії – на порушення нею меж власної компетенції. Спільною рисою, що властива сучасній правовій науці, є її відмова визнати ті межі, на які вказує їй право, зокрема – щодо правозастосування.

Після усього сказаного вище твердження, що з права випливають певні рамки, певні межі для правової науки, вимагає обґрунтування так само, як і твердження про примат цієї науки (порівняно із правозастосуванням). Правова наука до цього виступала переважно як *форма*, що визначає право як власний зміст і не навпаки.

Сучасна правова наука приміряє на себе шати властивостей, що належать правозастосуванню, а протидія останнього як здорова реакція на протидію й сама не від того, аби зайти надто далеко й спробувати здійснити функцію пізнання, що не властива правозастосуванню.

Не є новиною, що закон вимагає певної конкретизації або індивідуалізації з боку правозастосувача, який надає реальних форм ідеальним формулюванням закону. Однак сучасна наука права намагається перебрати на себе цю функцію правозастосувача, і вона вже, власне, привчила його до того, щоб той запитав її про свої дії в тому чи тому випадку. Так наука сприяє до певної міри

²⁴ Чому, власне, лише за таких вимог? Правова помилка має бути абсолютно так само виправлена, як помилка фактична, адже у праві друга є лише підвидом першої.

²⁵ Про державне неправо. – С. 92–93.

²⁶ Цю проблему – проблему подвійного змісту права, як я тоді назвав це явище, – порушено й висвітлено в моїй статті «Війна за підзаконні акти» («Verordnungsgewalt im Kriege»), *Juristische Blätter* 1915. – S 509 ff.

«ліношам» правозастосування. Вона не помічає, що вольова функція зрештою є виключною функцією правозастосування, і вона не може відібрати її в нього, якщо не хоче, аби її звинуватили в зраді своєї ролі – пізнання. Вона не просто «розробляє» закон до тієї стадії, коли залишиться лише застосувати волю для здійснення права, а, зраджуючи свою роль і завдання, приміряє на себе вольову функцію. Я вже в іншій праці вказав, назвавши це *actio finium regundorum* (позов про встановлення меж), на необхідність звертати увагу на такі порушення компетенції і усувати їх²⁷. Межі цієї компетенції пролягають там, де функція пізнання переходить у функцію реалізації волі. Щодо неї останнім часом з'явилося багато міркувань, зокрема об'єднаних тематикою вільного розсуду. Передусім Альфред фон Вердрос (Alfred von Verdross)²⁸, який у своїх роздумах про висунути ще *Кельзен*²⁹ думку про те, що жодна державна функція – хай це буде однозначно і, безумовно, зобов'язаний до вчинення тієї чи тієї дії законом орган – не обходиться без слідів вільного розсуду, тобто без волі відповідного органу. Він відкрив для цієї волі великі сфери правозастосування. І на вищих рівнях конкретизації права, а саме – у законотворчому процесі, «зв'язаність» якого межами конституційних приписів нерідко залишається поза належною увагою, попри цю зв'язаність відкриваються більші можливості для вільного розсуду, ніж можна собі уявити. При нагоді я зазначав, що, наприклад, конституція нерідко залишає можливість вибору між конституційним і парламентським варіантами урядування, тож за цих варіантів правопорядку висновок, чи правомірне існування конституціоналізму, а чи варто перейти до парламентаризму, не належить до компетенції науки і залишається в розпорядженні правової державної практики. І коли Штарк (Stark)³⁰ закидає надмірному позитивізму названої ним так «новоавстрійської» школи пошук «однозначної ідеї права», то цей закид, як уже заперечив Зандер, здається необґрунтованим. Багатозначність права, на мій погляд, є якраз програмною засадою підходу цієї школи.

²⁷ «Право у світлі його застосування» («Recht im Lichte seiner Anwendung»), Separatdruck, Hannover 1917. – S. 7.

²⁸ У своїй блискучій праці: «Проблема вільного розсуду і вільноправова школа у праві» («Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung»), Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, I. Bd. – S. 616 ff.

²⁹ Головні проблеми. – С. 498 і наст.

³⁰ «Новоавстрійська школа правової науки і природно-правовий метод» («Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode»), Juristische Blätter, 30 Juni 1918.

Але тим не менше я хочу спробувати припустити існування меж цієї множинності і водночас меж свободи вибору правозастосувача. Наслідок наведеної вище цитати про те, що *жодний* правозастосувач *повністю не позбавлений* свободи розсуду, полягає в тому, що *жоден* водночас не є *повністю вільним* у своєму розсуді, адже інакше він перетвориться, як було пояснено вище, на правотворця. Отже, здається, що на кожному з рівнів правозастосування необхідне існування сектору детермінації і сектору індетермінації; співвідношення їх є різним, але вони не можуть зникнути повністю. І мені видається, що правозастосувач, так само як у сфері реалізації волі він є вільним і непідпорядкованим правовій науці³¹, у сфері пізнання змісту права має орієнтуватися на висновки правової науки і навіть потребує її. Я не заперечую, що водночас перед правовою наукою постає важке завдання – подвійно важке, якщо об'єкт, право, виражений у мінливій і неоднозначній словесній, мовній, а також достатньо аморфній, формі. З мовою у право ввійшов своєрідний елемент, що винен передусім у множинності значень, яких може набувати той чи той припис права, однак її (мову) неприпустимо зводити в ранг відсутності будь-якого значення як такого і відтак виправдовувати те розчарування і відмову від наукового пізнання права, які демонструє Зандер у своїй «Теорії права». *Кожне слово* поряд зі своїм основним значенням має більш чи менш явно виражені «*ореоли значень*»; однак так само достеменним є те, що кожне слово своїм уживанням повністю *виключає певне* коло інших значень. Так, поряд із певними сумнівними моментами – визначення і виокремлення яких поза сумнівом належать до компетенції правозастосування – існують і безсумнівні, однозначні моменти, неврахування яких потягне суперечку правозастосувача зі смислом і законами мови як такої.

Але звідки, можна закинути мені, звідки впливає те, що *право* зумовлює *правильність мови* і що *правильність мови* є одним із *критеріїв* правозастосування? Включення мовних законів, мабуть, дехто сприйме як нове видання старої ідеї природного права. Але вочевидь *правильність мови* не є тими задніми дверима, через які нишком прослизає до нас природне право: воно, навпаки, є широкими дверима, через які все право входить у людську свідомість. Застосоване право (не має значення, йдеться при цьому про писані чи про звичаєві системи права), зодягнене у форму мови правозастосування, має бути пристосо-

³¹ Тим часом наука, у свою чергу, обмежена тим, що має чітко визначити межі цього простору вільного розсуду.

ване до цієї форми. Закони мови є іманентними законам права, поки ті сформульовані мовними засобами. Це питання виглядало б інакше, якби право спробувало еманіпуватися від мови, чого, взагалі-то, не було ще за жодної історично засвідченої державної форми. Можна собі уявити, щоправда, що право могло б послуговуватись іншими знаковими системами, наприклад – на кшталт алгебраїчних символів. Однак і за такого стану справ право не зможе уникнути останньої, найвищої контрольної інстанції – закону мислення. Оскільки право одягнене у форму мислення (а це саме по собі є необхідністю, що впливає з потреби понятійного апарату), закон мислення є іманентним законові правовому³². У цьому місці моя позиція цілком не збігається з наведеною далі позицією Зандера: «Вчення про «етично правильне» право є чистим природним правом, адже орган держави має діяти не відповідно до етичних норм, а відповідно до позитивних, писаних норм права; так само природно-правовим є вчення про «логічно правильне» право, адже орган держави не має діяти за логічними законами. А відтак і тут (логіка), і там (етика) до права прилаштовують не властивий йому нормативний апарат»³³. Я ставлю під сумнів твердження, що логіка так само невластива праву, як етика. Припустимо, що рекурсія в логіку не є властивим праву природно-правовим атавізмом, тоді рекурсія в запозичену до права етику обов'язково буде рекурсією *другого порядку*. Застосування логіки і граматики для пізнання права навряд чи можна заперечити ліпшим аргументом, ніж той, яким, наприклад, обґрунтовують заперечення врахування моральних норм у тих випадках, коли норми закону вказують на необхідність їх урахування.

Зрештою, коли хтось хоче, може називати рекурсію до логіки й етики природним правом. Природно-правового коріння не бракує в кожному з існуючих і коли-небудь виниклих правопорядків. Та й кожний позитивно-правовий припис свого часу пройшов стадію природно-правової нормативності. А закид, що те чи те правове явище є «природно-правовим», узагалі неприпустимий там, де лише закладаються підвалини правової системи, правової будівлі. Ці підвалини не можуть самі мати позитивно-правової природи, хай там на них вибудовується найчистіша

позитивістська система права. До цих підвалин я зараховую поряд з іншими мову і мислення. А «інтронізаційний» принцип, коли певна, логічними і мисленнєвими засобами створена, конституція становить основу пізнання і творення правових явищ нижчого порядку, сам, як мені здається, вказує на засоби логіки і мислення для роботи з ними. Думка і дії здавалися б природно-правовими лише тоді, коли, окрім зазначених вище початкових передумов, у процесі тлумачення права час від часу застосовували б інші передумови з метою надати праву необхідного в тому чи тому випадку змісту. Але все пізнання права змушене вдовольнятися використанням цих небагатьох зазначених засобів. Разом із загальністю принципу інтронізації, цієї «первісної» норми в розумінні *Кельзена*, за всієї лабільності мови, багатозначності, якої не можна повністю виключити навіть засобами логіки, юриспруденція не може сподіватися на стовідсотково однозначні результати пізнання, і тим більше, чим вищий рівень конкретизації, на якому здійснюється пізнання. Та правозастосування все одно не є безмежним і недосяжним, а правова наука своїми засобами дає змогу в разі потреби не лише звернути увагу правозастосування на набагато складніші речі, ніж просто неправильна арифметика, чи невміння відрізнити кислотне середовище від лужного³⁴, чи подібні фактичні помилки, а й вказати на витончені відхилення від логічно або граматично правильного. Жертвування «індивідуальним мисленням, індивідуальним висновком», яке *Кельзен*³⁵ вважає неминучим, значною мірою вигадане, не необхідне. Правова наука ще не втрачена, як це було б у разі, якби правозастосування опинилося по той бік від «добра і зла». І застереженням цієї першості пізнання права є ієрархія рівнів правових явищ, яка означає і зумовлює підпорядкованість, упорядкування особливого в більш загальне.

І з тим, здається, відкрився ще один аспект теорії Фріца Зандера: якщо вона наважилася зламати цю ієрархію рівнів конкретизації права й проголосити «правозастосувача» справжнім і єдиним володарем у царині права, то, послідовно дотримуючись цього, вона має бути готовою до заперечення претензії всієї юриспруденції на матеріальне правопізнання, і тому вона нічого не втратила від своєї великодушності, але набрала внутрішньої послідовності, несуперечливості, і я не можу більш нічого протиставити такій пози-

³² Порівняйте мої міркування щодо вищості логічно-граматичного тлумачення в статті «До проблеми інтєрпретації» (Zum Auslegungsproblem), *Grünscot'sche Zeitschrift*, Bd. 42 (1916). – S. 535–556.

³³ Зандер, Там само. – С. 12.

³⁴ Приклад із праці Г. Кельзена «Про державне неправо» (С. 93).

³⁵ Кельзен, там само.

ції, окрім того, що через різні догматичні засади не можу поділяти її.

Я хотів би наприкінці зауважити, що описаному вище двоборству правових позицій відповідає суперечливість покладених у їхню основу світоглядних позицій. Від уважного читача не сховалася та обставина, що типовим колективістським підходом є беззастережне, повне й суцільне підпорядкування волі та думці правозастосувача, органу влади. А приматові автономного глузду відповідає типовий індивідуалізм. І якщо він і змушений схилитися перед *реальністю* протиправного правозастосування, то все ж таки він не випускає з рук стяга *ідеальності* як вираження логічно правильного права.

Список літератури

1. Juristische Blätter 46. Jg (1917). – S. 97-98, 109–111. Das Recht im Lichte seiner Anwendung // Deutsche Richterzeitung. – 1917. – S. 16, 394–398, 443–450.

2. Felix Somlo. Juristische Grundlehre.
3. Die Rechtseinheit des österreichischen Staates // Archiv des öffentlichen Rechts. – 1918. – Bd. 37. – S. 56-121.
4. Rechtswissenschaft und Materialismus // Juristische Blätter. – 1918.
5. Hans Kelsen. Über Staatsunrecht. Separatabdruck aus der Grünhut'schen Zeitschrift, 1915. – S. 91–92.
6. Verordnungsgewalt im Kriege // Juristische Blätter. – 1915. – S. 509 ff.
7. Recht im Lichte seiner Anwendung. Separatabdruck. – Hannover, 1917. – S. 7.
8. Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. – I. Bd. – S. 616 ff.
9. Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode // Juristische Blätter. – 1918. – 30 Juni.
10. Zum Auslegungsproblem // Grünshot'sche Zeitschrift. – 1916. – Bd. 42. – S. 535–556.

А. Ю. Меркль

ДВОЛИКОСТЬ ПРАВА. ВЗГЛЯД ПОД УГЛОМ ЗРЕНИЯ ТЕОРИИ ПОЗНАНИЯ ПРАВА

Заметная «невооруженным глазом» многоуровневость права (или, следуя терминологии Меркля, его расслоение (*Mehrschichtigkeit*)) подводит автора к необходимости более внимательного взгляда на его природу, и, вследствие, на вопросы дискреции в государственном правоприменении, словоупотреблении, места естественных законов и, в конечном итоге, законов логики и человеческого мышления в праве. Поиск природы легитимности права заставляет автора обратить внимание на постоянно актуальный вопрос естественного права, которое занимает обособленное место, но тем не менее определенным образом влияет на формальное право, особенно тогда, когда, как небезосновательно подчеркивает автор, ему не достает позитивных оснований.

Adolf Merkl

TWOSIDENESS OF LAW. A VIEW BASED ON THEORY OF COGNITION

Perceptible to an «unarmed eye», a semi-level structure of law (or in Merkl's words, *Mehrschichtigkeit*) leads to an indispensable look at issues such as discretion, wordings, natural laws and as a result to issues of human logic and art of human thinking in law. The search for the legitimacy of law and legal levels draw attention to an always important issue of natural law which has its place but nonetheless in its own manner influences formal law especially when, as it is stressed by Merkl, it does not suffice positive foundation.