

Легітимація права: правовий позитивізм // Вісник Черкаського університету. Серія. Філософія. – Вип.135. – Черкаси, 2008. – С. 19-27.

Анотація. У статті розглядається на тлі експлікації методологічних засад правого позитивізму в контексті з'ясування співвідношення моралі і права специфіка розв'язання легітимаційних завдань в системній теорії Нікласа Лумана.

Ключові слова: мораль, право, легітимація права, права людини, правовий децизіонізм, правовий позитивізм.

Аннотация. В статье рассматривается на фоне экспликации методологических принципов правового позитивизма в контексте уточнения соотношения морали и права специфика реализации легитимационных задач в системной теории Никласа Лумана.

Ключевые слова: мораль, право, легитимация права, права человека, правовой децизионизм, правовой позитивизм.

Annotation. The article deals with the peculiarities of legitimate tasks' decision in the systematic theory of Niklas Luhman on the background of explication of methodological basis of the right-wing positivism in the context of finding out of the proportions of morality and law.

Key words: morality, law, lehytymatsyya law, human rights, pravovoy detsyzyonyzm, pravovoy pozytyvyzm.

На XXI Всесвітньому конгресі міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії, що відбувся в Лунде (Швеція) з 12 по 18 серпня 2003 року. проблема засад і легітимації права була віднесена до великих питань сьогодення, з огляду на те, що право відображає відносини між суспільством та індивідом, сформульовані в термінах прав і обов'язків [8, 190].

Проблематика легітимації права окреслюється низкою фундаментальних питань, як-от: В якому зв'язку перебувають між собою мораль і право як інститути легітимації? Чи потребує легітимації само право? На якій методологічній основі можна здійснити поєднання приватної і публічної автономії громадян? Як співвідносяться між собою такі найважливіші джерела легітимації, як права людини і народний суверенітет, котрі становлять сьогодні нормативне ядро розуміння демократичної правової держави?

У статті ставиться на меті на тлі експлікації співвідношення моралі й права розкрити концептуальні засади правового позитивізму в їх заломленні до розв'язання легітимаційних завдань.

Мораль і право в легітимаційному процесі. Можна вважати, що дискурс проблеми легітимації права (закону) в імпліцитній формі свій початок бере вже в „Законах” Платона. Виникнення потреби в зовнішньому політико-правовому контролі, на його думку, обумовлене зростанням чисельності членів суспільства, що спричиняє появу чинника анонімності. За цих умов виявляє свою недовірливість традиційний етос (мораль і звичай) як сукупність норм, несанкціонованих правом. Проте для Платона очевидним є те, що для підтримання тривкого соціального ладу недостатньо лише розробити і прийняти суспільні закони. Потрібно ще тлумачити і роз'яснювати зміст їх вимог як справедливих. Щоправда, рівень роз'яснення та тлумачення закону законодавцем у Платона обмежується вимогою передування самому закону певного пропедевтичного тексту у вигляді вступу [9, 197].

Однак у повний зріст проблема легітимації права постає в політичній філософії в новочасну добу, коли божественне або природне право, починаючи від Гобса, переводиться на раціональні засади. Право стає позитивним. У межах контрактуалістичної парадигми йшли пошуки легітимаційних засад права для суспільства егоїстично налаштованих індивідів, які виступають на соціальну арену як раціональні суб'єкти. За цих умов актуалізується питання: „Чому я маю підкорятися вимозі норм права?”, яке

дедалі більше виявляє свій безпосередній зв'язок із владою. Згідно з поглядами класиків лібералізму (Б. Констан, Дж. С. Міл, А. Токвіль) насправді вільним суспільством вважається таке, в якому абсолютними є не влада, а права, які окреслюють внутрішні кордони негативної свободи людини. Нормативну (зобов'язуючу) силу право отримує завдяки трансформації аксіологічного аспекту права в деонтологічний. Таким чином, легітимація інституту права передбачає насамперед обґрунтування ідеї необхідності позитивного права для людини та чітке визначення меж його дії. Позитивне право виступає у формі юридичних законів, які претендують на статус легітимних.

Етимологія термінів “право” і “закон”. Етимологічно право і закон мають різне коріння. Право походить від лат. *jus*, а закон від лат. *lex*. Чи не першим в політичній філософії Нового часу, хто піддав семантичному аналізу ці лексеми, був Гобс. Він приступає до їх аналізу із позицій протиставлення природного права і природничого закону, взявши за основу їх розрізнення свободу людини застосовувати власні сили за власним розсудком для збереження свого життя. На цій основі природне право він витлумачив як систему принципів і правил життєдіяльності людей (право на життя, на свободу, на власність, особисту гідність тощо), що існують від природи, споконвічно. У цьому контексті формулюється також поняття природного закону як припису або ж відкритого розумом загального правила, яке забороняє людині робити те, що шкодить її життю або що позбавляє її засобів для його збереження [4, 98]. Як бачимо, соціологічний зміст сутності права Гобс пов'язав із свободою здійснювати певні дії або втримуватися від них, а суспільного закону – із заборонаю щось робити чи не робити. Звідси – право передбачає волевияв людини, а закон виражає імперативність зовнішньої сили. Коротко кажучи, відмінність між ними така сама як між свободою й обов'язком [4, 225]. Подібне розуміння права і закону ми подибуємо у Дж. Лока та багатьох інших мислителів Нового часу.

Проте, на відміну від Гобса, який закладає поняття права на інструментальному розумі, І. Кант фундає його на моральному понятті розуму. Тому право вже тлумачиться як моральна вимога практичного розуму. Разом з тим у феномені права Кант розрізняє право у вузькому значенні слова – позитивне або статутне право та у більш широкому – як право справедливості та право крайньої необхідності. За цим розрізненням стоїть протиставлення ідеї права чистого розуму як абстрактної теорії права практичному компоненту права як здатності до примусу. У контексті метафізики права будь-яке право Кант ставить у залежність від закону [6, 111]. Концепт раціонального права Канта, що спирається на ідею самовизначення Ж.-Ж. Русо, поєднує в собі практичний розум і суверенну волю, у площині яких знімаються із феномену політичного панування будь-які онтологічні імплікації і зводять його функцію до реалізації політичної автономії громадян. Таким чином поняття закону постає несучим елементом розумно-правової конструкції буржуазної правової держави. Із поняттям закону пов'язується ідея, що в його формі забезпечується формально рівне ставлення до кожного громадянина, завдяки чому кожен з них отримує доступ до рівних прав. Проблема легітимації позитивного закону розв'язується при цьому в дусі самозаконodawства Русо: „Закони – це, власне, лише умови об'єднання громадян. Народ, що підкоряється законам, повинен бути їхнім автором” [10, 46].

У філософії права Г. В. Ф. Гегеля кантівська дихотомія феномену права на ідеально-раціональний та практичний компонент інтерпретується в поняттях філософського та прикладного його розуміння. Філософське розуміння права (для філософів та законодавців) в ідеї права акцентує на ствердженні свободи, натомість прикладне (для громадян) – на системі позитивних законів, в яких втілено філософське розуміння права. Гегель не протиставляє природне і позитивне право, а розглядає їх немовби як два щаблі розвитку одного феномену. Якщо перший щабель – як раціональна основа права - виражає ідею свободи, то другий постає втіленням її в нормі. Загалом гегелівське розуміння як права, так і закону відбиває тріада розвитку будь-якої ідеї. Ідея права визначається через

ідею свободи, яка отримує своє існування в законі (позитивному праві)¹, а через дію останніх реалізується поєднання загального із суб'єктивним. Ця діалектика виявляє внутрішній зв'язок між правом, витлумаченим як загальне благо, з моральністю, у формі якої виявляється субстанція суб'єктивної свободи волі. У такий спосіб відбувається єднання загального блага, що виражає держава, з благом особливого. „Буття свободи, яке безпосередньо було як право, визначено в рефлексії самосвідомості до добра; третє, тут, у своєму переході, як істина добра і суб'єктивності, виступає через це також істиною суб'єктивності і права” [2, 144].

Як бачимо гегелівське тлумачення права як загального блага і закону як його репрезентанта зберігає в собі платонівські інтенції. У кантівському вченні про розумне право, основаному на моральному понятті розуму, цей платонівський нащадок наявний в образі ідеальної спільноти морально розсудливих суб'єктів права. Щодо дискурсивної парадигми поняття права, то в ній ця інтенція трансформується в понятті необмеженої комунікативної спільноти (Апеля), яка конкретизується медіумом права як конкретна правова спільнота, локалізована в просторі й часі.

Зробимо проміжний висновок. Гобс виводить систему позитивного права із ідеї суспільної угоди, а проблему легітимації права розв'язує шляхом апеляції до суспільного інтересу, який виникає із перехрещування калькуляції інтересів егоїстично налаштованих індивідів. Отож, він нехтує структурними відмінностями між моделями легітимації суспільної угоди та приватної угоди. Щодо Канта, то він відмовляється від моделі егоїстично налаштованих індивідів і засновує поняття права на практичному розумі. Це дозволяє йому інтерпретувати правоустрій як простір людської моральності. Хоча свободу морально автономних індивідів також гарантує позитивне право, проте, його легітимація здійснюється вже в демократичній процедурі самозаконодавства адресатів права. Оскільки формування політичної волі законодавця прив'язується до демократичної процедури, то процедурно досягнутий результат починає виражати узгоджену волю чи раціональний консенсус усіх зацікавлених.

Отже, у моделі суспільної угоди Канта, що спирається на моральний розум індивідів, здійснюється переплетення морально легітимованого права індивідів на рівні суб'єктивної свободи з принципом суверенітету народу. Звідси легітимовані в площині моральної автономії права людини отримують свій позитивний зміст завдяки тому, що індивіди мають політичну автономію як громадяни держави. Це означає, що принцип права опосередковує собою принципи моралі й демократії (якщо інтерпретувати кантівський механізм визначення моделі республіканського правління як демократичний принцип). Однак, як слушно зауважує Габермас, правове вчення Канта не дає можливості більш чітко з'ясувати механізм співвіднесення цих трьох принципів. Кожний із них виражає у свій спосіб лише ідею самозаконодавства. І дійсно, поняття автономії, Кант ввів з метою подолання гобсівської модель легітимації системи громадянських прав в основі якої була покладена ідея експлікації егоїстичних інтересів учасників угоди. Проте легітимація права, обмежена морально-автономною перспективою учасників демократичного процесу, не дозволила Канту, як, до речі, й Русо (хоча й з іншої причини), зняти непомічену ними конкуренцію між правами людини й принципом народного суверенітету [15, 123]. На заповнення саме цієї вади й була спрямована дискурсивно-етична стратегія легітимація права Юргена Габермаса, про що буде сказано наприкінці статті.

Однак історичний розвиток Заходу відбувався радше за ліберально-демократичною моделлю Гобса, ніж проектом морального законодавства Канта. У підґрунтя гобсівської традиції покладено раціональний спосіб легітимації, що є нейтральним до цінностей. Ця модель розвитку в соціальній філософії отримала назву системи доповнюваності (дуалізму) концепцій раціональності.

¹ Гегель зокрема пише: „Право... – це буття абсолютного поняття, усвідомлюючої свободи” [2, 44], а також: „Право як таке лише через те, що воно стає законом, набуває не тільки форму загальності, але й свою істинну визначеність” [2, 185].

Методологічні засади системи доповнюваності: правовий позитивізм. Засади концепції системи доповнюваності були розвинені у працях, з одного боку, М. Вебера та філософів-екзистенціалістів, а з іншого – філософів позитивістського напрямку. Класик німецької соціології переконливо довів, що в процесі суспільної раціоналізації ця модель соціального розвитку закріпилася на Заході внаслідок диференціювання західної культури на автономні суспільні сфери – релігію, науку, мораль, право, мистецтво, економіку та політику, кожна з яких розвивалася за власною логікою та критеріями. Якщо взяти раціональне капіталістичне підприємництво, то воно для свого розвитку за умов ринкового господарства потребувало чинника передбачуваності. Ці потреби здатне було задовільнити лише формальне раціональне право, яке у своїй довершеній формі розвинулося в західній Європі завдяки збігу низки історичних передумов.

Сутність формального раціонального права виражає логічність його як системи. У цьому контексті правове мислення можна вважати раціональним, якщо воно застосовує одні й ті ж самі правила для регулювання схожих ситуацій. Право є формальним, якщо критерій оцінки правових рішень є внутрішнім для правової системи і не накладається із зовні, з боку моральних цінностей, релігійних учень та політичних ідеологій. Міра логічності системи права визначається на підставі того, наскільки її правила й принципи логічно систематизовані, а правові рішення щодо конкретних казусів дедуктивно виводяться із попередньо законодавчо встановлених автономних правових положень. Логічна техніка, що визначає формальний характер права, гарантує водночас автономність правової системи. Слід зазначити, що у формально-раціональному праві, вільному від ціннісних преференцій, були зацікавлені не тільки суб'єкти капіталістичного підприємництва, а й бюрократія, діяльність якої регулюється нормами права й має процедурний характер. Таким чином, саме на формально-раціональне право спирається легітимність легального панування [1, 34; 39].

Система доповнюваності сьогодні становить осереддя ідеології західного ліберального суспільства. На перший погляд вона є цілком прийнятною, бо гарантує раціональні критерії суспільного розвитку. Однак перемога її лише свідчить про тріумф технологічної раціональності. Суспільного розвиток на домінантах технологічного раціоналізму пов'язаний з багатьма ризиками. За словами Апеля, "... ціна, яку мала заплатити західна система доповнюваності за ціннісно-нейтральне поняття раціональності, є тривожно високою, а самі засади системи зрештою стали парадоксальними" [14, 57]. Серед її методологічних вад можна виділити передусім такі. Згідно із системою доповнюваності визначною засадою демократії є інституціональний процес, за межами якого не існує проблеми раціональної легітимації суспільних норм. Індивід "по той бік санкцій і контролю" змальовується таким, що він не в змозі взяти на себе відповідальність за непередбачені наслідки технічної та господарської діяльності в умовах індустріального суспільства. Відповідальність обмежується сферою інституцій та ролей у дусі А. Гелена, де кожний обчислює публічні наслідки своєї діяльності: політик – через *успіх*, фабрикант – через *ринок*, чиновник – через *критику* начальником його дій, робітник – через *контроль* за виконанням [14, 58].

У заломленні на політико-правову сферу система доповнюваності обертається позитивізмом влади та правовим позитивізмом. Під позитивізмом влади (*Machtpositivismus*) розуміється концепція, яка єдиним критерієм легітимації нормативної бази розглядає інститут влади, заперечуючи метафізичні, релігійні або етичні джерела легітимації [3, 24]. Становлення позитивізму влади відбувається з новочасної доби, коли після втрати метасоціальних гарантій, позитивне право перебирає на себе роль єдиного джерела легітимації політичних інститутів. У такий спосіб правовий позитивізм стає зворотним боком позитивізму влади. Початки правового позитивізму містяться в теології. Свого часу Карл Шміт слушно зазначив, що норма потребує для свого існування гомогенного середовища. Тобто, щоб певний правопорядок мав сенс, повинен вже існувати якийсь порядок, встановленим сувереном. Із цих міркувань виходить, що будь-

яке право, це право ситуативне. Слідом за Гансом Кельзенем він відстоює тезу про методологічну спорідненість теології і юриспруденції. При цьому засадниче положення про Бога як творця й одночасно законодавця, вищого авторитету легітимації ним переноситься із теології у сферу політології. Трансцендентність Бога стосовно світу перетлумачується в політичній філософії як трансцендентність суверена, стосовно держави. Тож стає очевидним, що право є похідним від волі політичної влади (земного суверена). Проте ці метаморфози ідейних засад теорії держави вже в XIX ст. обертаються двома суттєвими моментами: усуненням будь-яких теїстичних і трансцендентальних уявлень та формуванням нового поняття легітимності. Таким чином на зміну монархічної ідеї легітимності приходять демократична [13, 26; 63; 73; 75; 77; 78].

Не заперечуючи консеквент цього міркування (про перехід до демократичної легітимності), усе ж не таким беззаперечним видається його антецедент. Правовий децизіонізм Шміта є наслідком буквального витлумачення й застосування в політичній сфері запозиченого із теології поняття *potentia absoluta* (абсолютної влади) волі Бога як абсолютної влади законодавчої. Тож божественний суверенітет обирається зразком для витлумачення державного суверенітету, принаймні у сфері правотворчості. Приєднуючись до закиду Козловські, відзначимо, що Шміт спотворив теологічний постулат, на який спирається його тлумачення суверенітету державної влади як нічим не обмеженого, навіть попередніми власними рішеннями. І справді, у межах теології *potentia absoluta* розуміється у нерозривному зв'язку з *potentia ordinata* (упорядкованою владою): всевладдя бога, щоб не бути внутрішньо суперечливим, розгортається в межах встановленого ним порядку [7, 114].

Системно-теоретичне поняття права. Правовий децизіонізм Шміта в соціології з найбільшою повнотою реалізував у рамках своєї системної теорії Ніклас Луман. Луман пропонує розуміти під позитивним правом норми права, які вводяться в дію і втрачають свою чинність шляхом рішень [16, 141]. Право він тлумачить як одну із багатьох цілком закритих (аутопойезисних) соціальних субсистем. Причому те, що в межах правової догматики розуміється як нормативна практика рішень, він витлумачує функціоналістськи – як результат фактичних процесів самокерованого підтримання стабільності соціальної субсистеми. Системно-теоретична концепція права Лумана, якщо характеризувати її коротко, спирається на три положення. По-перше, він намагається перетлумачити обов'язковість норм права у такий спосіб, щоб вони стали доступними суто функціональному аналізу. Це йому вдається шляхом позбавлення норм, витлумачених як коди генералізованих очікувань поведінки, їхнього деонтологічного характеру. Натомість нормативні очікування наповнюються когнітивним змістом у процедурах державної інституціоналізації. По-друге, позитивне розуміння права диференціюється за функціональним призначенням у межах системи права, яка стає цілком автономною від зовнішніх впливів як з боку моралі й політики, так і законодавства й адміністрації. По-третє, легітимація права виводиться, подібно до М. Вебера, із легальності у вигляді специфічного системостабілізуючого самообміну за допомогою коду права, який продукує сама правова система. У такий спосіб легітимність права зводиться до дотримання процедурних моментів у процесі судочинства, законодавства й застосування права.

Не заглиблюючись в луманівську концепцію легітимації права шляхом процедури [докладно див: 11], тут лише відзначимо, що за допомогою процедурного способу розв'язання правових конфліктів Луман прагне позбавити конфліктний потенціал релевантності з контекстами життєвого світу, деполітизувати його й локалізувати межами окремого індивіда. Тим самим на місце консенсуального способу розв'язання спірних питань шляхом порозуміння (підхід Апеля-Габермаса), він висуває метод навчання (у сенсі раціонального осягнення індивідом змісту правових норм як формально-раціональних настанов).

Проте безпідставність категоричної елімінації зв'язку з мораллю і політикою у формально-процедурному способі легітимації права була виявлена в межах самої традиції позитивістського розуміння права на основі іманентного аналізу його засад. Відверті адепти цієї традиції, починаючи від Лон Л. Фулера до Р. Дворкіна, а також Дж. Остін, Г. Кельзен і Д. Гарт, які розвивали правовий позитивізм у руслі природно-правового розуміння права, переконливо засвідчили, що застосування права неодмінно вказує на зв'язок як з політичною доцільністю, так і з моральним обґрунтуванням та аналізом правових засад. Але, якщо це дійсно так, то код права (термін Лумана) містить у собі моральні й владні складові, що спростовує тезу про право як закриту систему. Тому є всі підстави пристати до позиції Габермаса: „раціональність права не є справою суто самого права” [15, 580].

Сучасний філософсько-правовий дискурс обертається довкола питання визначення теоретико-методологічних підходів до насичення раціональності позитивного права потенціалом справедливості. Дж. Роулз цю проблему намагається розв'язати через конституювання вихідних принципів справедливості за умов зависи незнання й етики чесності, Р. Дворкін – із перспективи прав людини, Гьофе – з позицій політичної справедливості. Так, теорія легітимності Рональда Дворкіна спрямована на розв'язання фундаментального політично-дражливого питання конституціоналізму – конституційне обмеження влади більшості. Він виходить із того аксіоматичного факту, що „...навіть суспільство, в принципі справедливе може продукувати несправедливі закони та політику, а людина, окрім обов'язків перед державою, має й інші обов'язки” (тобто, перед Богом і власним сумлінням) [5, 267]. На цій підстав від відстоює моральне право громадян на громадянську непокору. Ця непокора надихається фундаментальними правами людини, які фокусують у собі дві ідеї: ідею людської гідності, яка становить ядро теорії справедливості, та ідею політичної рівності [5, 283]. Хоча громадянська непокора не може бути виправдана юридично, проте, на переконання Дворкіна, з огляду на моральні права людини, уряд має не переслідувати таких індивідів, а йти на поступки шляхом вдосконалення чинних законів чи відповідним врегулюванням процедур засудження.

Більш радикальну позицію в спорі з правовим позитивізмом обстоює Юрген Габермас на засадах дискурсивно-теоретичної методології. У цій перспективі поняття права насичується апіорним моральним змістом в демократичній процедурі законодавчого процесу. На підставі трансформації кантівського поняття моральної автономії в поняття правової автономії Габермас отримав методологічну перспективу здійснити взаємну інтерпретацію приватної і публічної автономії, прав людини та народного суверенітету. А це значить, що ядро теоретичної стратегії легітимації позитивного права становить уточнення співвідношення принципів дискурсу, демократії і права.

Підсумовуючи, підкреслимо: позитивне право зберігає свій зв'язок з мораллю через процес легітимації. Проте, цей зв'язок з мораллю не слід розуміти у сенсі підпорядкування правових норм моральним. Таке уявлення про ієрархію норм було притаманне домодерному праву. У межах дискурсивно-етичного розуміння права автономна мораль і позитивне право, яке потребує легітимації, перебувають скоріше у відношенні взаємодоповнення. Але більш докладне висвітлення цієї стратегії легітимації потребує спеціального зосередження. На разі ми можемо відіслати читача до деяких публікацій вітчизняних науковців, присвячених цьому питанню [1, 26-265; 12, 177-182].

Література

1. Бусова Н.А. Модернизация, рациональность и право. – Харьков: Изд-во «Прометей-Пресс», 2004. – 352.
2. Гегель Г.В.Ф. Основы философии права, або Природне право і державознавство / Пер. з нім. – К.: Юніверс, 2000. – 336 с.
3. Гьосле В. Практична філософія у сучасному світі. – К.: Лібра, 2003. – 248 с.

4. Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Гоббс Т. Избранные произведения в 2-х томах. Т. 2: Пер. с англ. - М.: Мысль, 1964. – С.287-413.
5. Дворкин Р. Серьезный взгляд на права / Пер. з англ. – К.: Основи, 2001. – 519 с.
6. Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2: Пер. с нем. - М.: Мысль, 1965. - С. 107-438.
7. Козловски П. Общество и государство: неизбежный дуализм / Пер. с нем. – М.: Республика, 1998. – 368.
8. Максимов С. И. Право и политика: В поисках баланса // Проблеми філософії права. – Київ-Чернівці: Рута, 2003. – Т. 1. – С.190 – 196.
9. Платон. Законы // Платон. Соч.: В 3 т. – М.: Мысль, 1972. – Т. 3. – Ч. 2. – С. 83 – 478.
10. Руссо Ж.-Ж. Про суспільну угоду, або Принципи політичного права. – „Port-Royal”, 2001. - 348 с.
11. Тур М.Г. Теоретико-методологічні засади процедурної легітимації Лумана // Практична філософія. – Київ, 2005. - №3. – С.25-31.
12. Тур М.Г. Некласичні моделі легітимації соціальних інститутів: Монографія. – К.: ПАРАПАН, 2006. – 396 с.
13. Шмитт К. Политическая теология: Сборник. – М.: «КАНОН-прес-Ц», 2000. – 336 с.
14. Apel K.-O. Die Situation des Menschen als Ethisches Problem // Apel Karl-Otto, Diskurs und Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral. - Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. S. 42-68.
15. Habermas J. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und Staatstheorie. – Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. – 704 S.
16. Luhmann N. Legitimation durch Verfahren. – Neuwied-Berlin. 1969. – 261 S.

