

ЮРИДИЧНА АРГУМЕНТАЦІЯ В АНГЛО-САКСОНСЬКІЙ ТА РОМАНО-ГЕРМАНСЬКІЙ ПРАВОВИХ СІМ'ЯХ: МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПОРІВНЯЛЬНОГО АНАЛІЗУ

Статтю присвячено загальному огляду методологічних засад здійснення порівняльного аналізу юридичної аргументації в правових системах англо-саксонського та романо-германського права

Ключові слова: теорія юридичної аргументації, порівняльний аналіз, тлумачення, типи право розуміння.

На відміну від вітчизняного правознавства, де дослідження з теорії юридичної аргументації лише починають з'являтися, в західній юридичній літературі цій тематиці присвячено чимало ґрунтовних праць. Не бракує серед них і порівняльно-правових досліджень, які можуть бути корисними для української науки. Сьогодні компаративний аналіз підходів до юридичної аргументації має суттєве значення для вітчизняної юриспруденції, оскільки, по-перше, може сприяти подальшому розвитку теорії та практики правової аргументації; по-друге, дасть змогу встановити ознаки наявності чи відсутності конвергенції між правовими сім'ями в цій площині і встановити тенденції їхнього подальшого розвитку; по-третє, оскільки національні традиції правової аргументації, сформовані на рівні окремих правових систем, мають вплив на правову практику міжнародних судових інстанцій (власне, сьогодні вже доцільніше говорити про взаємовплив), розуміння особливостей такої аргументації є суттєвим для успішності подальших правоінтеграційних процесів. Одразу підкреслимо, що ця робота, безумовно, не претендує на вичерпність. Вона є лише початком, постановкою питань, які детально розглядатимуться у наступних дослідженнях.

Перед тим, як буде здійснено порівняльний аналіз підходів до правової аргументації, що склалися в правових системах загального та континентального права, необхідно розглянути деякі загальнотеоретичні питання, пов'язані із теорією аргументації. Розгляд таких питань матиме в цьому випадку методологічний, підготовчий характер, оскільки дасть змогу виявити ті структурні елементи в процесі правової аргументації, які наділені або потенційно можуть бути наділені специфічними ознаками, що ґрунтуються саме на характерних особливостях окремих правових систем. Результати дослідження, подані в цій статті, будуть в подальшому використані як за-

гальнотеоретична основа для збору та опрацювання емпіричних даних щодо практики правової аргументації у відповідних правових системах.

У західній літературі юридичне мислення (міркування) – *legal reasoning* – розглядають з кількох точок зору, відштовхуючись від стадій «відкриття» та «обґрунтування», які виділяють у процесі такого мислення. В контексті «відкриття» мова йде про психологічний аспект юридичного міркування, натомість контекст «обґрунтування» пов'язаний зовнішнім виявом – обґрунтуванням одержаних висновків. Аргументи, що формуються в останньому випадку, можуть також виконувати й іншу функцію – «забезпечення доступності винесеного правового рішення для сторін спору». Тобто йдеться про «риторичний» аспект юридичного мислення [1, с. 407]. Можна цілком погодитися в цьому випадку із дослідниками-компаративістами, які стверджують, що для порівняльно-правового аналізу доцільніше виокремлювати другий контекст – «обґрунтування» [1, с. 407–408], адже два інші стосуються процесів людського мислення і сприйняття певної інформації, а отже, потребують не лише суто правового, а й міждисциплінарного аналізу. В нашому дослідженні ми робитимемо акцент на процеси «обґрунтування», притаманні *судовій* практиці у правових системах загального та континентального права.

У праці «Методи правового міркування» («Methods of Legal Reasoning» [2]) Є. Стельмах та Б. Брожек розрізняють чотири «методологічні групи», які використовують юристи-практики та теоретики в процесі юридичного міркування: логіка, аналіз, аргументація та герменевтика. При цьому «між вказаними групами немає чітких меж – вони перетинаються і взаємодоповнюють одна одну» [2, с. 12]. З погляду нашого дослідження, найбільш цікавим є взаємозв'язок аргументації з іншими елементами у запропонованій системі.

Проведений аналіз доктринальних джерел дає змогу цілком погодитися з авторами дослідження, які зазначають, що встановлення зв'язку між логікою та аргументацією є досить «складним завданням через велику кількість різноманітних теорій аргументації, що сформувалися на сьогодні». Як зазначають дослідники, ці теорії «реконструюють спосіб, у який ми використовуємо аргументи», «концентруються на відношеннях між аргументами, на їх порівнянні та на укрупнених структурах, що складаються із багатьох аргументів», приділяючи значно менше уваги тому, як будуються окремі аргументи [2, с. 12–13]. В останньому випадку автори вказують на існування принаймні двох підходів. Перший представлений Р. Алексі, згідно з яким «аргументи мають будуватися за правилами логіки», а логіка й аргументація, відповідно, доповнюють одна одну [2, с. 13]. Представником другого погляду є Х. Перельман із його «новою риторикою», який стверджує, що «аргументи, які використовуються у комплексній аргументації, не мають бути логічно правильними», іншими словами, «логічно недійсні аргументи можуть бути риторично ефективними» [2, с. 13]. Таким чином, на наш погляд, за умови сприйняття другого підходу певна «універсальність», що могла би забезпечуватися логікою в процесі побудови аргументів у різних правових системах, втрачається, а відкритість до «логічно неправильних, але риторично ефективних аргументів» урізноманітнює перелік тих засобів, що можуть використовуватися в процесі обґрунтування судового рішення в різних правових традиціях.

Взаємозв'язок аргументації та герменевтики також можна розглядати з декількох точок зору, серед яких автори називають «аналітичну герменевтику» Вітгенштайна, а також загальнотеоретичні роботи «аналітико-герменевтичного характеру» Грушки та Аарньо [2, с. 13–14].

Якщо розглядати аналітичну герменевтику з методологічної точки зору, її зв'язок з аргументацією, на нашу думку, полягатиме у такому: поперше, вибір певного «набору» методів тлумачення, що використовуватиметься в конкретній справі, потребуватиме пояснення, обґрунтування – тобто аргументації (особливо це стосується так званих «складних справ»); по-друге, в межах певного методу тлумачення також виникатиме потреба в обґрунтуванні одержаного результату від застосування цього методу до відповідного правового тексту. У випадку із «традиційним» застосуванням лише методів буквального тлумачення та силогістичної моделі побудови аргументації перший прояв зазначеного зв'язку фактично нівелюватиметься. Другий прояв залишатиметься, оскільки навіть за умови застосування методів буквального тлумачення існуватиме

можливість отримання декількох результатів тлумачення, обрання одного з яких потребуватиме обґрунтування¹.

Відповідно якщо аргументація, відштовхуючись від певного тексту, безумовно, потребує тлумачення, а тлумачення, своєю чергою, є також процесом обґрунтування, аргументування певного підходу до розуміння тексту, то саме в площині підходів до інтерпретації правових текстів можливо шукати принципові відмінності в судовій аргументації в країнах, що належать до різних правових сімей. Дійсно, тут спостерігаються певні розбіжності, які мають в першу чергу історичний характер і спираються на правову традицію. Хоча на сьогодні говорити про повну протилежність застосовуваних підходів також не доцільно. Наприклад, у юридичній літературі традиційно наголошують на наданні переваги в правових системах загального права буквальному тлумаченню, а в континентальному праві – телеологічному [3, с. 1109]. Таку особливість пов'язують насамперед з історично сформованими традиціями нормопроекування, які впливають на правозастосовну практику. Однак аналіз судових рішень дає змогу стверджувати, що сьогодні і в правових системах загального права (зокрема Англії) спостерігається тенденція до виявлення мети закону і наміру законодавця. Лише способи виявлення такого наміру, як правило, відрізняються від способів, які використовують судді в континентальних правових системах. Наприклад, для виявлення наміру законодавця англійський суддя не звертатиметься до «суб'єктивних джерел» таких, як підготовчі матеріали. Однак, як зазначають компаративісти, і в цій сфері можна спостерігати певні ознаки зближення двох правових сімей. Наприклад, у 1992 році Палата Лордів допустила використання судами в процесі тлумачення *travaux préparatoires* (House of Lords, *Pepper v. Hart*, 1 All ER 1993, p. 42) [4, с. 200–201]. На такому зближенні двох правових сімей наголошують і Цвайгерт та Кьотц, підкреслюючи, разом з тим, що в сфері законодавчої техніки відмінності залишаються суттєвими [5, с. 266–276]. Таким чином, можемо стверджувати, що навіть за умови застосування тих самих методів тлумачення, способи пошуку рішення, інструменти, що використовуються суддями для цього, можуть відрізнятися. Це зумовлено в першу чергу відмінністю побудови того текстуального матеріалу, що підлягає тлумаченню, а також традиційно сформованими та історично вкоріненими підходами, особливостями юридичної мови

¹ Р. Алексі вважає, що цей зв'язок є ще тіснішим. На думку автора, «тлумачення є аргументацією», а методи тлумачення відповідно аргументами, що відповідають так званому канонам тлумачення: семантичний, генетичний, історичний, порівняльно-правовий, системний та телеологічний аргументи [10, с. 4–5].

і стилю (зокрема стилю викладення судових рішень). На суттєвих відмінностях останнього наголошено у ґрунтовній (щоправда, вже суттєво віддаленій у часі) праці «Тлумачення законів: порівняльне дослідження» («*Interpreting Statutes: Comparative Study*»), підготовленої групою провідних західних теоретиків права¹. Так, щодо розбіжностей у логіці обґрунтування та у стилі судових рішень автори зазначають, що у більшості проаналізованих правових систем суд зазвичай презентує отриманий результат тлумачення «як свого роду дедуктивний висновок, що логічно випливає із заданих засновків» [11, с. 204]. У незначній кількості інших країн, навпаки, «правотлумачний висновок представлений як результат відкритого вибору, здійсненого у світлі відкрито зазначених протилежних аргументів» [11, с. 204], а самі рішення є досить розлогими та дискурсивними. В більшості країн, крім того, у судових рішеннях не наводяться ті аргументи, що були взагалі відкинута в процесі розгляду; у незначній кількості інших правових систем поширена протилежна практика. Різняться рішення також і у частині наявності окремих думок суддів. Отже, для пошуку «зовнішнього вияву» особливостей правової аргументації у сучасних правових системах загального та континентального права аналізу мають бути піддані тексти судових рішень; при цьому, на нашу думку, доцільно аналізувати рішення у справах із тотожними чи подібними фактичними обставинами.

У контексті зазначеного необхідно зробити таке зауваження. Порівнюючи методи тлумачення, які застосовують судді, необхідно мати на увазі, що їхні особливості можуть бути зумовлені не тільки характерними рисами певних правових систем і наявними у них традиціями, а й специфікою розуміння права особою, що застосовує право. В світлі зазначеного надзвичайно цікавою є гіпотетична «Справа спелеологів» («*Case of Speluncsean Explorers*») [6], розроблена Л. Фулером та розвинена в подальшому у значній кількості наукових публікацій. На прикладі розгляду гіпотетичних фактичних обставин справи колеґією суддів, кожен з яких представляє той чи той підхід до праворозуміння і, відповідно, робить

¹ Дослідження здійснювалось у 1983–1991 роках під керівництвом Р. С. Самерса та Н. Макорміка і охопило дев'ять різних правових систем (загального права, континентального права та змішаних) [11, с. 195–206]. Враховуючи час здійснення цього проекту, можна стверджувати, що з об'єктивних причин у дослідженні не враховані деякі сучасні тенденції розвитку судової (зокрема правотлумачної) практики: впливи міжнародних судових інстанцій, «горизонтальні» впливи між правовими системами, нові підходи у методології тлумачення тощо, що вказує на доцільність та актуальність проведення нових порівняльно-правових досліджень на сучасному етапі. Зазначена праця, що є надзвичайно цінним джерелом, може слугувати відправною точкою для виявлення історично вкорінених, традиційних особливостей правової аргументації в країнах загального та континентального права.

акцент на тих чи тих фактах, використовує ті чи ті інструменти обґрунтування своєї позиції і переконання аудиторії в її правильності, Фулер демонструє різноманіття та «гнучкість правового міркування» [7, с. ix]. Згодом, із розвитком підходів до розуміння сутності права, приклади аргументації вирішення цієї справи у формі судових рішень пропонували й інші дослідники.

Із загальним підходом до розуміння сутності права пов'язує свою класифікацію «ідеологій процесу прийняття рішень суддею» польський науковець Є. Врублевський. У своїй праці «Судове застосування права» («*The Judicial Application of Law*») він виділив три такі ідеології: обмежене (*bound*), правове і раціональне (*legal and rational*) та вільне (*free*) прийняття рішень [12, с. 1–6]. Так, перший тип фактично зводиться до силогістичної моделі аргументації, де суддя виступає у ролі «вуст закону», а право уявляється як замкнена самодостатня система правових норм. Як зазначає Врублевський, в основі такого типу лежать, з одного боку, ідеал політичного лібералізму із наголосом на захисті невідчужуваних прав особи від порушень та втручання держави, а з іншого боку, ідеали юридичного позитивізму із наголосом на *формальних* цінностях правової передбачуваності та певності без звернення до змістовно орієнтованих цінностей права [12, с. 2]. «Вільне» прийняття рішень передбачає, що суддя не обмежений лише законом, а має можливість звернення до різноманітних (в тому числі позаправових) джерел; це, своєю чергою, означає, що модель правової аргументації вже не може зводитись винятково до логічно-дедуктивної (часто аргументація такого типу може бути взагалі ірраціональною). З ідеологічного погляду, в основі такого підходу, на думку науковця, можуть лежати найрізноманітніші правові та політичні течії, єдиною спільною рисою яких є критика юридичного формалізму, що домінує у випадку «обмеженого» прийняття рішень [12, с. 3]. «Правове та раціональне» прийняття рішень є компромісом між двома попередньо зазначеними типами. Воно базується на поєднанні принципів формальної законності (при цьому формальна законність може розумітись вузько і зводитись лише до так званих інституційних джерел права, а може сприйматись і ширше, охоплюючи як інституційні, так і неінституційні – суспільні – джерела права) та раціональної виправданості судового рішення і передбачає наявність простору для «судової оцінки» [12, с. 4–5]. Застосування такого типу прийняття рішень потребуватиме використання відповідних засобів правової аргументації.

Для проведення порівняльно-правового аналізу з методологічного погляду корисною є також праця В. Р. Хуна (*Huhn*) «П'ять типів правових аргументів», в якій автор описує специфіку роботи

із аргументами, що базуються на тексті, намірі, прецеденті, традиції та політиці [8]. Врахування особливостей цих п'яти груп аргументів є важливим, оскільки кожній правовій системі притаманна перевага тих чи тих типів аргументів. Наприклад, окрім очевидного, на перший погляд, переважання аргументів, що базуються на прецеденті у системах загального права, з погляду Д. Кенеді, для правової системи США, на відміну від європейських країн, притаманно значно ширше використання аргументів, що базуються на «політиці» (*policy*) [9, с. 317]. Це дає змогу враховувати можливі наслідки того чи того судового рішення для подальшого розвитку права. Таке врахування, що здійснюється за відсутності чітко прописаної норми, базується на сформованій у США концепції правової невизначеності, що, фактично, за допомогою інших, специфічних інструментів виконує ту саму функцію, що й принцип правової певності в європейських країнах.

Таким чином, можемо вивести такі методологічні особливості, які є суттєвими для порівняльного дослідження правової аргументації в країнах загального та континентального права:

- Правова аргументація не обмежується законами логіки і є відкритою для інших – риторично ефективних – інструментів; саме такі «логічно неправильні» інструменти вірогідно нестинуть на собі відбиток особливостей правового мислення, правової мови та традицій, що сформувалися в тій чи тій правовій системі.
- Правова аргументація нерозривно пов'язана із інтерпретаційною діяльністю. Саме тому

компаративні дослідження в цій сфері часто зводяться до порівняння методів тлумачення, які використовують судді. Оскільки сьогодні спостерігається певне зближення між правовими системами (в тому числі під впливом правової інтеграції) в частині використовуваних методів інтерпретації нормативних текстів, для отримання коректних результатів дослідження необхідно мати на увазі, що «технічні» інструменти, які залучають судді у процесі застосування того чи того методу, обґрунтування обрання того чи того результату тлумачення можуть суттєво різнитися – саме на цьому має бути зроблено акцент при аналізі відповідних судових рішень.

- Здійснюючи аналіз правової аргументації, необхідно також мати на увазі, що методи і способи обґрунтування рішення у тій чи тій справі зумовлені не лише особливостями правової системи, а й домінуванням на певний момент того чи того типу праворозуміння в цій правовій системі.
- Суттєвим для проведення компаративного аналізу підходів до правової аргументації є також урахування сучасних тенденцій розвитку теорії джерел права, оскільки саме класифікація таких джерел може бути покладена в основу класифікації тих аргументів, що найчастіше використовуються у юридичному міркуванні.

Результати дослідження, проведеного на основі окреслених методологічних засад, буде подано в нашій наступній публікації.

Список літератури

1. Jaap Hage. *Legal Reasoning* / Hage Jaap ; ed. by J. M. Smits // *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. – Edward Elgar Publishing, 2006. – 821 p.
2. Stelmach J. *Methods of Legal Reasoning* / Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek. – Springer, 2006. – 229 p.
3. McLeod I. *Literal and Purposive Techniques of Legislative Interpretation: Some European Communities and English Common Law Perspectives* / Ian McLeod // *Brooklyn Journal of International Law*. – 2004. – Vol. 29. – No 3. – P. 1109–1134 pp.
4. Mark Van Hoecke. *Western and non-Western Legal Cultures* // *Rechtstheorie*. – 2002. – No 33. – S. 197–217.
5. Zweigert K. *An Introduction to Comparative Law* / Konrad Zweigert, Hein Kötz ; trans. by Tony Weir. – New York : Oxford University Press, 1998. – xxvi+714 pp.
6. Lon L. Fuller. *The Case of Speluncean Explorers* / Lon L. Fuller // *Harvard Law Review*. – 1949. – Vol. 62. – No 4. – P. 616–645.
7. Suber P. *The Case of Speluncean Explorers. Nine New Opinions* / Peter Suber. – Routledge, 1998. – 111 pp.
8. Huhn W. R. *Five Types of Legal Arguments* / Wilson Ray Huhn. – Carolina Academic Press, 2002. – 216 pp.
9. Kennedy D. *A Semiotics of Legal Argument* / Duncan Kennedy // *Collected Courses of the European Academy of Law, Vol. 3, Book 2*. – Kluwer Academic Publishers, 1994. – P. 309–365.
10. Klatt M. *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation* / Matthias Klatt. – Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2008. – 303 p.
11. Summers R. S. *Interpreting Statutes and Precedents – Two Comparative Studies* // Robert S. Summers. *Essays in Legal Theory* / Robert S. Summers. – Kluwer Academic Publishers, 2000. – 441 pp. – P. 195–217.
12. Siltala R. *Law, Truth, and Reason: A Treatise on Legal Argumentation* / Raimo Siltala. – Springer, 2011. – 290 p.

A. Khvorostyankina

LEGAL ARGUMENTATION IN COMMON LAW AND CONTINENTAL LEGAL SYSTEMS: METHODOLOGICAL FOUNDATIONS OF COMPARATIVE ANALYSIS

This article is devoted to general overview of methodological foundations of comparative analysis of legal argumentation in common law and continental legal systems.

Keywords: theory of legal argumentation, comparative analysis, interpretation, theories of law.

Матеріал надійшов 02.04.2012