

КОЗЮБРА МИКОЛА ІВАНОВИЧ

*Національний університет «Києво-Могилянська академія»
завідувач кафедри загальнотеоретичних
та державно-правових наук*

**ТЕОРІЯ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ:
ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ, СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ
У ВІТЧИЗНЯНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

Проблема юридичної аргументації не є новою для юриспруденції. Вона має глибоке історичне коріння, яке сягає ще часів античності. Особливо важливе значення для становлення політичного і правового дискурсу та започаткування вчення про нього мало зародження демократії, котре, як відомо, пов'язане з майданами Стародавньої Греції. Публічні політичні диспути, побудоване на змаганні сторін судочинство стимулювали потяг до інтелектуальної діяльності, до аналізу й систематизації нагромаджених у процесі цих диспутів і судових дебатів ідей та вироблення відповідних навиків і правил таких дискурсів.

У зв'язку з тим, що далеко не всі громадяни володіли ними, досить швидко виникла потреба в навчанні риторики й аргументації. Першими, хто взяв на себе цю місію, були давньогрецькі софісти – професійні вчителі філософії і красномовства другої половини V століття – першої половини IV століття до нової ери. Проте їхнє навчання зводилося здебільшого до підготовки текстів промов та вивчення їх напам'ять учнями або ж до застосування різного роду квазі-логічних вивертів, які створювали видимість обґрунтування чи спростування будь-чого. Зрозуміло, що для успіху в диспутах та судових дебатах, які часто вимагали спритності розуму і миттєвої реакції на аргументи опонента, цього було явно недостатньо. Поставала суспільна потреба в теорії і технології дискурсів.

Попри те, що інтелектуальні вправи щодо них ґрунтувалися переважно на політико-правових аспектах тогочасної соціальної діяльності, формування теорії юридичних дискурсів не було відокремлене від становлення загальної теорії аргументації. Воно почалося зі стародавніх філософських шкіл.

Серед них необхідно відзначити насамперед школу логіки, основоположником якої був видатний давньогрецький філософ і вчений Аристотель. Він же був творцем силогістики – особливого вчення про логічну дедукцію в судженнях.

У формальній логіці й силогістиці переконливість міркувань ґрунтується на демонстрації їхньої формальної правильності, тобто суворій відповідності правилам умовиводів, побудованих на дедукції (виведення з більшого засновку меншого), яка виступає основним засобом доведення. Саме вона переважно визначала смисл аргументації на етапі становлення її теорії.

Проте вже в античні часи виникли сумніви у здатності силогістики задовольнити потреби юриспруденції. Особливо вразливою вона ставала в умовах інтенсивного проникнення у сферу філософії і правознавства ідей природного права – справедливості, свободи, рівності, палким прихильником яких був сам Аристотель. Стало зрозумілим, що без урахування впливу цих та інших ідей, як і правосвідомості загалом, на аргументацію в процесі публічних диспутів і судових дебатів, розраховувати на її переконливість важко. У зв'язку з цим до теорії аргументації залучаються нові засоби і прийоми, які ґрунтуються не тільки на формально-логічних правилах силогістики, а й на схильності до діалогу між учасниками диспутів та дебатів, намаганні досягнути взаєморозуміння. Цей аспект обґрунтування тісно пов'язаний із зародженням та розвитком риторики, діалектики і топіки, без опори на які уявити собі сучасну теорію юридичної аргументації неможливо.

Риторика (від гр. *rhetorike* – вчення про ораторське мистецтво, започатковане Аристотелем у його праці з аналогічною назвою і розвинуте визначними римськими ораторами і теоретиками ораторського мистецтва Цицероном і Квінтіліаном. Вони залишили після себе низку трактатів з риторики, які не втрачають свого

значення й сьогодні. Згодом риторика як учення вийшла далеко за межі ораторського мистецтва, включивши у свою орбіту цілий комплекс питань, пов'язаних зі збиранням матеріалу, його обробкою, виразом у відповідних текстах, їхнім стилем тощо.

Діалектика (від гр. *dialektike* – мистецтво вести бесіду, спір) ґрунтується на переконуванні співрозмовника. З самого початку вона розумілася як мистецтво показу переваги одного аргумента над іншими. Найважливіші етапи її історії тісно пов'язані з іменами того ж Аристотеля та інших давньогрецьких мислителів – Геракліта, Платона, Прокла, Сократа, а в пізніші часи – зі школою німецької класичної філософії (І. Кант, І. Фіхте, Ф. Шеллінг, Г. Гегель та ін.). Хоч діалектика, за середньовічною традицією, часто ототожнювалася з логікою, вона не обмежувалася суто дедуктивним методом, властивим формальній логіці, а обґрунтовувала необхідність застосування індуктивного методу, інколи схиляючись навіть до його універсальності. Інакше кажучи, діалектика, не відкидаючи силогізм, акцентує увагу на методах ведення дискусії (філософського спору), які ґрунтуються не тільки на силогізмі, а й на сукупності доказів, що використовуються у спорі, враховуючи при цьому різноманітність, динаміку, безперервний рух явищ і процесів, що має істотне значення, зокрема, для правового дискурсу.

Нарешті, не можна не відзначити впливу на формування теорії аргументації так званої топіки (від гр. *topos* – що дослівно означає місце). Топіка являє собою певну техніку тісно пов'язаного з логікою, риторикою і діалектикою проблемного мислення, яка істотно залежить від «місця», що використовується для віднаходження доказів і ведення аргументації. Іншими словами, важливою умовою правильності і переконливості міркувань є знання контексту, в якому формулюється відповідна аргументація.

Зародженню топіки як теорії дискурсу ми знову-таки зобов'язані Аристотелю. Їй присвячено його окремий трактат «Топіка» в логічному зводі «Органон». У ньому детально проаналізовані практичні ситуації, в яких застосовується логіка, описані типові логічні помилки та засоби недопущення їх і розглянуті різні форми діалектичних умовиводів, які виходять за межі формальної

логіки, оскільки спираються на певні світоглядні позиції та існуючу реальність. Отже, топіка розвиває діалектичний підхід до міркувань та обґрунтувань.

Започатковані в античні часи основи теорії аргументації були розвинуті в наступні історичні епохи. Причому визначальний вплив на неї продовжували справляти позитивістські й неопозитивістські напрями й течії – аналітична філософія, логічний позитивізм, лінгвістична філософія, логічна семантика тощо, які ґрунтувалися переважно або й виключно на традиційній логічній структурі мислення, основу якої становили силогістичні методи. Намагання доповнити її засобами і методами неопозитивістського спрямування, зокрема неформальної логіки, антропології тощо нерідко призводили до суперечностей, неузгодженостей, що негативно відбивалося на авторитеті філософської аргументації серед правників. Не сприяла йому й надмірна абстрактність філософських суджень, їхня відірваність від юридичної практики.

Не дивно тому, що, попри зростання кількості публікацій та різного роду заходів – семінарів, конференцій, симпозіумів тощо, присвячених теорії аргументації, впливу на юридичну практику вони майже не мали. Більшість юристів-практиків про здобутки філософської аргументації або ж не знала зовсім, або, якщо і знала, то не використовувала їх. Скептичне ставлення юристів поширювалося також на логіку (навіть під назвою «юридична») та її значення для правової теорії і практики. Властива їй орієнтація на традиційні засоби силогістики та інші позитивістські інструменти перетворювали її, за влучним висловом одного з основоположників соціологічної школи права Р. Паунда, у «механічну юриспруденцію» [1, 23].

І це при тому, що теорія аргументації, у зв'язку з помітним урізноманітненням і зростанням динамізму правового життя та, відповідно, ускладненням юридичної практики, набувала все більшої актуальності для юриспруденції.

Значному поживаленню інтересу до теорії аргументації, передусім юридичної, після Другої світової війни сприяв масовий рух проти позитивізму, котрий, за висловом визначного

німецького філософа права Г. Радбруха (який, до речі, також тривалий час стояв на позитивістських позиціях), «позбавляв сил і здатності протистояти зловживанням нацистського законодавства» [2, 232, 235], за допомогою якого часто освячувалися нацистські злочини проти людства і людяності.

Пошук нових концептуальних підходів до теорії аргументації стимулювало також певне розчарування у герменевтиці, значення здобутків якої, як і будь-якої відносно нової філософської течії, тривалий час перебільшувалося в гуманітарних науках, у тому числі правознавстві.

Під впливом указаних факторів почала формуватися теорія власне юридичного дискурсу, відносно автономного від загального філософського дискурсу. Особливої активності цей процес набув у другій половині ХХ століття. Саме в цей час закладаються основи концепції юридичної аргументації як самостійного напряму загальнотеоретичного правознавства і навчальної дисципліни. До створення цієї концепції доклали зусиль учені різних країн – Ж. Дабен, М. Калиновські, К. Перельман (Франція), Фон Райт (Фінляндія), Р. Алексі, Д. Габермас, А. Кауфманн, Г. Струк (ФРН), Р. Дворкін, Ф. Шауер (США) та ін.

Важливою віхою на шляху формування теорії юридичної аргументації стала, зокрема, концепція «нової риторики» Х. Перельмана, викладена в роботі «Нова риторика. Трактат з аргументації» (*La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*), написаній разом з Л. Ольбрехтс-Титекою та опублікованій у 1958 році. Спираючись на традиції античної риторики Аристотеля, Цицерона і Квінтіліана, Х. Перельман запропонував доповнити теорію демонстративного доведення, що ґрунтувалася на формальній логіці, «новою риторикою», метою якої є переконання з допомогою дискурсу. «Нова риторика» трактується як теорія аргументації для гуманітарних наук, відмінна від теорії математичного доведення, котра на той час була досить поширеною в різних науках. Свій подальший розвиток концепція «нової риторики» Х. Перельмана отримала в його вже індивідуальній праці «Юридична логіка. Нова риторика», виданій у 1979 році [6]. У ній він переконливо доводить, що

юридична логіка і риторика мають ґрунтуватися не на дедукції, побудованій виключно за формально-силогістичною моделлю, – оскільки право далеко не завжди піддається логічним рішенням, отриманим дедуктивним шляхом, – а на сукупності суджень, які надають аргументи, що гарантують цінність висновку [3, с. 7].

Важливим внеском у становлення і розвиток теорії юридичної аргументації, розуміння її моделей, складових, критеріїв тощо стала праця одного з провідних теоретиків права сучасної Німеччини Р. Алексі «Теорія юридичної аргументації. Теорія раціонального дискурсу як теорія юридичного обґрунтування» [4].

Унікальними для поглибленого розуміння особливостей судової аргументації, особливо «у складних випадках», є праці відомого американського теоретика права Рональда Дворкіна. Хоча здебільшого вони являють порівняно невеликі за обсягом статті, написані до того ж на матеріалах судової практики англо-американської правової системи (з використанням інколи специфічної для неї термінології) [5, 153-162], їхнє значення для теорії юридичної аргументації дуже важливе.

Перелік праць, присвячених теорії юридичної аргументації, опублікованих в останні десятиліття на Заході, можна продовжити. Поступово з'являються серйозні публікації з зазначеної проблематики також у постсоціалістичних країнах [6].

Відповідні розділи чи теми, що стосуються теорії юридичного дискурсу загалом або окремих його аспектів, усе частіше включаються до навчальних посібників і підручників із загальної теорії права та інших юридичних дисциплін [7]. Ця проблематика не лише жваво обговорюється в середовищі юристів-науковців і практиків, а і вводить у навчальні плани підготовки майбутніх правників європейських і американських університетів у вигляді самостійних спецкурсів.

Цього, на жаль, не можна сказати про Україну, незважаючи на те, що вона мала давні традиції як викладання мистецтва ведення диспутів, так і його практичного застосування. Курс риторики, як свідчать дослідження, був одним з основних курсів, які викладалися спудеям уже від початку заснування Києво-Могилянського колегіуму (на поч. XVII ст.), перетвореного

1701 року в Академію, а публічні диспути – головною формою навчання в них, що цілком відповідало традиціям європейських вищих навчальних закладів того часу.

Академічні диспути відбувалися дуже урочисто в найбільшій конгрегаційній залі Академії, їх із задоволенням відвідували освічені кияни, почесні гості [8]. Існували також посібники з риторики, підготовлені викладачами Академії. На жаль, після ліквідації Академії ці традиції втрачені. Ситуація, яка склалася в Україні в наступні віки, не сприяла їх відновленню.

Це, з огляду на низку причин, тим більше стосується теорії юридичної аргументації. Вона до цього часу не привернула до себе належної уваги представників загальнотеоретичного правознавства. Її практично-прикладні аспекти не стали також предметом досліджень галузевих наук.

Як правило, питання, що стосуються теорії правового дискурсу, розглядаються в межах традиційної або ж юридичної логіки, представленої нині переважно фахівцями – логіками і філософами, передусім харківської школи. Ними опубліковано низку ґрунтовних праць, серед яких слід відзначити праці В.Є. Жеребкіна і В.Д. Титова [9; 10].

Здавалось би, проблема юридичної аргументації мала би стати невід'ємною складовою правової деонтології, як це має місце на Заході. Проте, попри помітне зростання кількості підручників і навчальних посібників з названої навчальної дисципліни в Україні, ця проблематика в них практично оминається. Навіть у тих випадках, коли юридична деонтологія визначається як галузь юридичної науки, що узагальнює систему знань про мудрість спілкування та мистецтво прийняття правильного рішення в юридичній практиці [11, 8], цьому мистецтву приділено вкрай мало уваги. Решта навчальних посібників і підручників з юридичної деонтології визначають її предмет як «систему загальних знань про юридичну науку та юридичну практику, вимоги до професійних та особистих якостей юриста» [12, с. 5-6], «внутрішній імператив службового обов'язку, який створює передумови та мотиви вибору юристом норм поведінки у практичній діяльності» [13, 4], «взаємозв'язок

таких соціальних явищ як юридична наука та юридична практика, ... систему вимог професійного та особистого порядку, етичну сторону діяльності юриста, ... систему, форми, методи та засоби підготовки юристів-професіоналів» [14, 3] тощо. Про теорію юридичної аргументації серед питань, що складають предмет юридичної деонтології, навіть не згадується. Відсутня ця тематика також у змісті підручників і навчальних посібників з названої дисципліни.

Не надто просунула нас по шляху поглибленого розуміння особливостей теорії правової аргументації також перша підготовлена в Україні докторська дисертація О.Б. Олійник «Теоретичні проблеми становлення юридичної риторики як складової теорії держави і права» [15]. Вітаючи загалом звернення автора дисертації до проблеми юридичної риторики як складової загальної теорії права та відзначаючи позитивні риси виконаного дослідження, зокрема, спробу створити цілісну наукову концепцію змісту, форми, структури і функціонування національної юридичної риторики як правової дисципліни, разом з тим не можемо сказати, що питанням теорії правового дискурсу в дисертації приділена необхідна увага, до чого зобов'язувала її назва.

Та і сама здобувачка, як виявилось, не завжди володіє методологією та методикою ведення наукового дискурсу, що доводилося відзначати автору цих рядків у відгуку на автореферат дисертації.

Зокрема, надзвичайно суперечливою, з огляду на його вимоги і правила, виглядає позиція О.Б. Олійник щодо місця юридичної риторики в системі юридичних наук. В одних місцях автореферату вона розглядається як «теоретична дисципліна – складова теорії держави і права» [15, с. 11], в інших – трактується як «прикладна дисципліна» [15, с. 11, 25], ще в інших – як «комплексна теоретико-прикладна спеціально-юридична дисципліна» [15, с. 11], яка виходить за межі загальної теорії права. Розібратись у цьому лабіринті суперечностей та зрозуміти справжню позицію автора надто важко.

Далеким від аргументації, яка б відповідала правилам ведення наукового дискурсу, зокрема правилам формулювання та ін-

терпетації аргументів, є також твердження О.Б. Олійник про те, що юридична риторика сучасної України «є традиційною для неї як компонент правової культури євразійського типу» [15, 21]. Можна було б якщо й не погодитись, то зрозуміти таке твердження здобувачки, якби юридична риторика зводилася нею виключно до антропологічних аспектів національної правосвідомості і правової культури, а ще точніше – до правового менталітету й особливостей правового мислення. Але в дисертації, як зазначалося, юридична риторика розглядається у значно ширшому контексті – як фактор становлення загальної теорії права та юриспруденції в цілому. Юридична ж наука в Україні, як свідчить історія, формувалася під переважним впливом європейського правознавства, а не більш міфічного, ніж реалістичного (принаймні щодо особливостей правової науки), євразійства.

Вразливими з точки зору методології і методики аргументації є чимало інших правових досліджень, які проводяться в Україні. Особливо гостро брак відповідних знань відчувається у здобувачів наукового ступеня кандидата юридичних наук (незалежно від спеціалізації).

Ще гіршою бачиться ситуація з юридичною аргументацією рішень у процесі правозастосування, передусім судового. Це свідчить про необхідність активнішого звернення до цих проблем на всіх рівнях – наукових теоретико-правових досліджень, юридичної освіти, практичної юридичної діяльності.

Моделі (типи) юридичної аргументації

В логіці, зокрема юридичній, та у працях, спеціально присвячених теорії правової аргументації, можна натрапити на різні підходи до її типології. Чи не найпоширенішим серед них є виділення двох основних моделей (типів) юридичної аргументації – силістичної і дискурсивної [16, с. 40; 17, с. 157].

Перша з них часто іменується монологічною (від слова «монолог»), а друга – діалогічною (від слова «діалог») [16, с. 40], або ж власне аргументаційною [17, с. 157]. Відмінності

між ними випливають із самої назви. В основі останньої лежить прагнення учасників до діалогу, узгодження висхідних засновків, їхнього тлумачення. Ширший підхід до типології юридичної аргументації запропонований Р. Алексі. Він виділяє, зокрема, дедуктивну модель, модель прийняття рішень, герменевтичну модель та модель когерентності [18, с. 447-451]. В юридичній літературі має місце й інша типологія юридичної аргументації: її поділ на теоретичну і практичну, топіко-риторичну і процедурну [19, с. 183-195], матеріальну і процесуальну тощо.

На основі узагальнення висловлених в літературі позицій зупинюся головним чином на характеристиці чотирьох типів (моделей) юридичної аргументації, котрі з певною часткою умовності можна назвати дедуктивною, індуктивною, герменевтичною та цілісною (когерентною).

Дедуктивна модель, як випливає з вищевикладеного, є однією з найстаріших (якщо не найстарішою). Вона ґрунтується на правилах силогізму: вирішення будь-якого правового казусу, яке за названими правилами розглядається як менший засновок, виводиться з чинної юридичної норми – більшого засновку. Дедуктивна модель юридичної аргументації характерна переважно для концепції юридичного позитивізму та його варіантів, зокрема так званої юриспруденції понять. Відповідно до цієї моделі право трактується як внутрішньо узгоджена, замкнута система, тобто законодавцем у створюваних ним нормах передбачене все, тому з них дедуктивним шляхом за допомогою чисто логічних операцій можна вивести відповідь на будь-яке питання. Роль суду за названого підходу зводиться виключно до «вуст закону», тобто фактично до пасивного його застосування – виведення рішення з норм позитивного права. Аргументація, побудована виключно на правилах формальної логіки, накладає на право відбиток догматизму, несумісний зі складним характером реальної дійсності і гнучкістю життя, з динамізмом самого права. Як підтверджує практика, є безліч прикладів порушення логічних правил, отриманих дедуктивним шляхом. Дедуктивна модель не враховує наявності колізій між нормамаи, можливості формулювання правозастосовних рішень усупереч дослівному тексту норм (contra

legem), зокрема у випадках їхньої застарілості, невідповідності правовим цінностям тощо. Тому зведення права до формальної логіки, як слушно зазначає Ж.-Л. Бержель, суперечить головній спрямованості будь-якої юридичної системи [20, с. 471].

Зважаючи на суттєві недоліки дедуктивної моделі, вона вже давно не розглядається як визначальна, а тим більше вичерпана модель правозастосування, хоч її гіпертрофований вплив на юридичну аргументацію все ще до кінця не подоланий, особливо у вітчизняній юриспруденції, про що мова попереду.

Індуктивна модель юридичної аргументації виникла як реакція на недосконалість дедуктивної моделі й по суті ґрунтується на протилежних їй засобах і прийомах юридичного дискурсу. Її формулювання і остаточне утвердження тісно пов'язані зі становленням і розвитком соціологічної юриспруденції та її варіантів – від школи вільного «живого права» Є. Ерліха та Р. Паунда до американської і скандинавської шкіл правового реалізму.

Є. Ерліх, хоч і не був першим, хто піддав різкій критиці формально-логічну «абстрактно-дедуктивну», за його оцінкою, тобто відірвану від реальної дійсності юриспруденцію, проте саме він своїм пошуком «живого права» в реальному суспільному житті сприяв звільненню юриспруденції від надмірного впливу на неї формальної логіки і силогістики.

Абстрактно-дедуктивна юриспруденція, за Є. Ерліхом, входить у суперечність з усією сучасною наукою, в якій переважає індуктивний метод [21, с. 385]. Звідси центр ваги розвитку права переноситься ним з формально встановлених державою норм у суспільство, у соціальні відносини, які продукують право. «Живе спостереження юридично значущих людських відносин, узагальнення даних такого спостереження і виведення (шляхом індукції – М.К.) з нього рішення – це і є компетенцією юриспруденції», – писав Є. Ерліх у своїй найбільш відомій фундаментальній праці «Основоположення соціології права» [21, с. 385].

Ідеї Є. Ерліха були розвинуті його послідовниками – Ф. Жені, Г. Канторовичем та ін. Вони слідом за Є. Ерліхом переконливо доводили, що судді під час прийняття рішень не обмежуються

суто логічною операцією «виведення» з більшого засновку – норми закону чи іншого нормативного акта, – а мають враховувати моральні, політичні, економічні передумови та цінності, що перебувають за межами позитивного права.

Особливо актуальними для сьогодення є висновки Є. Ерліха та його послідовників про те, що закон не є виключною підставою для прийняття рішення; необхідна адаптація тексту закону до потреб часу шляхом його тлумачення. Ці висновки цілком суголосні з сучасними теоріями динамічного тлумачення та позицією Європейського Суду з прав людини, який у низці своїх рішень наголошував на тому, що право – це живий інструмент, який має змінюватися відповідно до вимог часу.

Важлива роль в утвердженні подібних поглядів у західній юриспруденції належить реалістичній школі права. Представники правового реалізму остаточно підірвали довіру до силлогістичної моделі правового мислення, відкривши шлях принципово іншому підходу до обґрунтування правових норм і судових рішень. У його основу покладений комплекс реальних дій офіційних осіб – застосування правових норм з урахуванням політичних, економічних, моральних, персональних та інших чинників судового процесу. Відповідно до поглядів реалістів, право під час вирішення конкретних справ більше схоже на мистецтво, ніж на науку, яка виходить із загальновизнаних передумов.

Висновки правового реалізму справили істотний вплив на становлення і розвиток теорії юридичної аргументації. Нині у західному правознавстві фактично не підлягає сумніву те, що «тексти законів... ніколи не втілюються в чистому вигляді в діюче право» [22, 329], тобто самий лише закон не є достатнім джерелом для конкретного правового рішення. Як явище конкретне право має зберігати зв'язок з реальним життям. Не може не брати до уваги реальний стан речей також суд.

Школа правового реалізму виникла на ґрунті сім'ї загального права (англосаксонської правової сім'ї), правники якої, на відміну від правників сім'ї континентального права (романо-германської правової сім'ї), яким традиційно був притаманний здебільшого дедуктивний стиль міркувань (мислення), завжди

в побудові своєї аргументації надавали перевагу індуктивній логіці, тобто відштовхувалися не стільки від правової норми, скільки від фактів реального життя (звідси назва школи).

Проте ці відмінності нині не варто абсолютизувати, як це інколи має місце у вітчизняній літературі. Романо-германська та англосаксонська правові сім'ї мають глибокі спільні історичні логіко-філософські і культурні традиції, коріння яких містяться в Аристотелевій логіці й діалектичному мисленні та римському праві. Це дало підстави відомим французьким компаративістам Р. Давиду та К. ЖофFRE-Спінозі стверджувати, що підстав для проведення різкого розмежування у розумінні самої природи права між правниками сімей континентального і загального права не існує: «вона розуміється в усій обширній «західній» сім'ї однаково» [23, с. 77]. Під впливом інтенсивних правоінтеграційних процесів, які вже порівняно давно охопили Європу, якщо й не повністю усуваються, то принаймні значною мірою нівелюються й відмінності у засобах і способах юридичної аргументації. Сьогодні обидві правові сім'ї орієнтовані на дедуктивно-індуктивні способи обґрунтування. Серед правників цих правових сімей існує згода в тому, що надмірна орієнтація суду на реальність, яка відривається від нагромаджених людством ідеалів і цінностей, концентрованим виразом яких є загальні принципи права, та від правових норм (хоч би як по-різному їх розуміли), не тільки не наближає до пошуку й утвердження права, а, навпаки, спроможна породити беззаконня і свавілля, освячене до того ж рішеннями органу, який за своїм призначенням має уособлювати справедливість.

Герменевтична модель юридичної аргументації, як випливає з її назви, своїм становленням і розвитком зобов'язана науці герменевтиці. Ключовим поняттям цієї моделі є поняття так званого герменевтичного кола, під яким розуміється можливість осягнення цілого через осягнення частин і навпаки, що, власне, й утворює коло.

Використання поняття герменевтичного кола в юридичній науці, на відміну від інших наук, має свою специфіку. Для інтерпретації звичайних текстів достатньо розуміти зміст їхніх

слів, хоча це також не завжди просто. Як зазначав неодноразово вже згадуваний Є. Ерліх, з тих пір, як існує людська мова, ще жодне слово не вимовлялося в одному і тому ж значенні. Воно залежить від мовного контексту, від особистих і суспільних взаємозв'язків [24, с. 335].

Для юридичної інтерпретації самого розуміння змісту слів часто недостатньо. На практиці нерідко виникають ситуації, коли зміст тієї чи іншої норми неможливо встановити шляхом буквального філологічного (граматичного) тлумачення – з'ясування семантичного змісту слів, за допомогою яких норма сформульована. Буква закону не завжди відповідає духу права. Він же може бути виявлений лише на основі системного тлумачення, тобто розгляду будь-якої окремої норми в контексті з іншими нормами та нормативними документами, інакше кажучи, через таку характерну рису права як системність. Не дивно тому, що філологічним тлумаченням тексту конкретної статті закону чи окремого її положення навіть найавторитетнішими філологами часто обмежуватися не можна. Більше того, некритичне сприйняття їхніх висновків у відриві від системного тлумачення може призвести до помилкових рішень.

Проте застосування герменевтичного кола в юриспруденції з'ясуванням взаємозв'язків між окремими словами юридичного тексту та нормами не вичерпується. Як уже зазначалося, право – це не тільки система норм, воно є складовою багато ширшої суспільної системи, функціонує і розвивається у постійній взаємодії з безліччю інших соціальних чинників. З огляду на це, будь-яка норма має тлумачитись у зв'язку з реальністю. Як слушно зазначає Ж.-Л. Бержель, тільки-но право починає віддалятися від конкретних реалій дійсності... воно перестає бути правом [20, с. 455]. Інакше кажучи, закон не є цілком достатнім для вироблення правильного рішення по справі. Воно є результатом урахування комплексу чинників, обсяг і зміст якого, своєю чергою, значною мірою визначається уявленням правозастосовувача про життя, його професійним досвідом тощо.

Попри те, що герменевтична модель акцентує увагу на надзвичайно важливих аспектах юридичної аргументації, вона та-

кож має певні недоліки, що, як зазначалося, свого часу призвело до певного охолодження юристів до герменевтики. Вона не дає відповідей на низку питань, які виникають у процесі тлумачення юридичних текстів і тим більше не пропонує чітких механізмів їхнього розв'язання.

Просування по цьому шляху можливе за умови цілісного підходу до проблеми юридичної аргументації. В основі цієї моделі лежить ідея системної єдності або когерентності^{*}. Остання є суттєвим елементом раціональності, і в цій ролі вона незамінна для теорії раціонального юридичного дискурсу. Самостійною моделлю ця модель стає лише тоді, коли єдність (когерентність) стає домінантною ідеєю [18, 449-450]. Цілісна модель юридичної аргументації за всієї її важливості також не бездоганна. Її абсолютизація, як зазначає Р. Алексі, може призвести до ідеї «юридичного холізму»^{**}, відповідно до якого всі передумови правильності інтерпретації містяться або приховані у правовій системі, і їх потрібно лише виявити. Тим часом, будь-яка система сама по собі не може претендувати на завершеність і когерентність. Це можуть зробити лише люди і певні процедури. Такою процедурою є юридична аргументація [18, с. 450].

Хоча за останні два десятиріччя намітилися певні позитивні зрушення у вітчизняній доктринальній правосвідомості, попередні підходи до юридичної аргументації майже не зазнали змін.

Як наслідок, у вітчизняному правознавстві продовжує використовуватись аргументація, побудована переважно на традиційному для юридичного позитивізму правовому формалізмі, відірваному від духовних аспектів права та реальної дійсності, що призводить до догматизму, не сумісного з гнучкістю і динамізмом права як явища. Для більшості вітчизняних правознавців і юристів-практиків домінантними або й єдино прийнятними залишаються дедуктивні міркування та формально-логічні

^{*} Когерентність – термін технічний (від лат. *cohaerenti* – те, що перебуває у зв'язку). Означає узгодження протікання в часі кількох хвильових процесів у відповідності з суворо визначеним законом.

^{**} Холізм – від грецького *holos* – весь, цілий.

норми обґрунтування. Прикладів таких можна навести безліч. Спробую продемонструвати це на чи не найхарактернішому з них – трактуванні природи, форм виразу та взаємозв'язків між принципами права, правовими нормами і правозастосовними рішеннями.

Згідно з поширеною у вітчизняному загальнотеоретичному правознавстві точкою зору, будь-які вихідні, основоположні ідеї для того, щоб отримати статус принципів права, мають бути закріплені в Конституції чи законах. При цьому виділяють два способи такого закріплення – безпосереднє формулювання принципів права в нормах права (текстуальне закріплення) і виведення принципів права зі змісту нормативно-правових актів (змістовне закріплення) [25, с. 23-24], [26, с. 457]. Ті ж основні засади, які ще не відображені й не закріплені у вказаних актах, відповідно до наведеної точки зору, не можуть бути віднесені до принципів права. З огляду на це, досить популярними є думки про необхідність розрізнення принципів правосвідомості і принципів права, правових принципів і принципів права, принципів загальносоціального та юридичного права [27, с. 6] тощо.

Безперечно, якомога повніше закріплення в Конституції та законах принципів права важко переоцінити. Адже передусім Конституція в демократичному суспільстві є уособленням цінностей, визнаних цивілізованим світом, чим забезпечується наскрізна єдність і визначеність правової системи, що своєю чергою, дозволяє подолати невизначеність окремих положень законів та інших нормативних актів, «мінімізувати» суб'єктивний вплив на процес їхнього застосування відповідних органів і посадових осіб.

Разом із тим життя часто виявляється складнішим від навіть найдосконаліших юридичних конструкцій. Тому важко не погодитися з Т.Р.С. Алланом у тому, що загальні принципи права часто є важливішими від конкретних формально-визначених положень «писаної» Конституції [28, с. 13].

У зв'язку з цим у західній теорії і філософії права давно визнається, що відповіді на конкретні правові питання далеко

не завжди можна знайти в законодавстві, яке ніколи не утворює завершеної, замкненої системи, а отже, роль судді під час прийняття рішень у справах не можна зводити до силлогістичної моделі, тобто їхнього виведення безпосередньо з положень Конституції та законів за допомогою суто понятійно-логічних засобів без будь-яких власних оцінок.

Близької до цієї позиції дотримується ще з радянських часів й автор даної статті. Йому доводилося писати, що уявлення про те, що загальні начала законодавства можуть бути здобуті з нього самого шляхом логіко-формального аналізу його норм, конструювання на цій основі загальних принципів права і наступного дедукування з них рішень, є не що інше, як ілюзія. Жоден логічний зміст законодавства не здатний дати більше того, що в ньому закладено. Навіть у тих випадках, коли принципи права чітко сформульовані в Конституції та законах, «виведення» з них рішень неминуче передбачає активну участь правосвідомості, за допомогою якої надається необхідна визначеність принципу, «заповнюється» його форма стосовно даної ситуації. Тим більше значення правосвідомості тоді, коли загальні принципи права не мають «відкритого» формулювання в тексті Конституції чи законів. Вони розкриваються у таких випадках як на основі матеріалів, що містяться у відповідних законодавчих текстах і юридичній практиці, так і за їхніми межами [29, с. 189].

Це переконливо підтверджується практикою органів конституційної та адміністративної юрисдикції європейських країн, зокрема Франції та Німеччини. За європейською традицією, слід розрізняти природу принципів права, «включених» до текстів конституцій та інших нормативно-правових актів, та природу загальних принципів права, які можуть застосовуватися навіть за відсутності текстів. «Силу і життя їм дає суддя» [20, с. 166]. Тобто джерелом таких принципів є не текстуальне чи змістовне їхнє закріплення в конституціях та інших нормативних актах, а судова практика. Однак це не означає, що судді є вільними у формулюванні тих чи інших загальних принципів права. Останні не є продуктом суто судової правотворчості. Загальні принципи права – це вираз узагальненого правового досвіду та правових

тенденцій, які розвиваються у глибинах нормативно розвинутого суспільного життя. На їхню появу і розвиток впливають не тільки норми позитивного права, а й багато інших нормативних і ненормативних чинників – мораль, політика (зокрема міжнародна), звичаї, наукові теорії і концепції тощо. Правомірність же вказаних тенденцій полягає в тому, що вони, по-перше, тією чи іншою мірою змінюють передумови нормативно-правового регулювання і визначають його спрямованість на майбутнє, а, по-друге – неодмінно застосовуються у судовій практиці [20, 168].

Загальні принципи права, за всієї їхньої значущості як духовної основи права – це ще не саме право. Вони – лише один із необхідних шаблів до його утвердження.

Наступним шаблоном на цьому шляху є закон (норми права). З одного боку, він виступає як засіб конкретизації принципів права. Без втілення їхніх вимог закон, навіть бездоганий в юридично-технічному аспекті, не може бути визнаний правовим, що нині загалом не піддається сумніву. Разом з тим, позитивація вказаних вимог у законі не зводиться виключно до дедукції, тобто логічного виведення змісту закону з нормативних узагальнень найвищого рівня, якими є принципи права. Законотворчість поряд із дедуктивним методом передбачає застосування також індуктивного методу, тобто має забезпечити зв'язок принципів права з конкретними суспільними реаліями. Причому цей зв'язок має бути настільки виваженим, щоб, з одного боку, закон не перетворився у «споглядове» відтворення існуючої реальності, тобто не став надто казуальним, а з другого – не виявився відірваною від реального життя абстрактною моделлю, реалізувати яку взагалі неможливо.

Абстрактно-загальна форма правової норми – це одна з найважливіших її властивостей. Відокремившись від свого змістовного «матеріалу», тобто від суспільних відносин, що нею регулюються, правова норма отримує певну самостійність руху, що дозволяє їй реагувати на зміни, які відбуваються в суспільному житті, «вловлювати» паростки майбутнього. Саме завдяки вказаній властивості норма може виконувати функцію масштабу оцінки поведінки людей.

Проте, на відміну від інших способів світосприйняття, зокрема науки, яка здатна створювати моделі реально можливих майбутніх суспільних відносин, узагалі не існуючих в дійсності, в нормах закону можуть моделюватися тільки ті суспільні відносини, які вже мають наявне буття, тобто існують бодай у зародковому стані. І це зрозуміло. Норми права призначені для вирішення повсякденних життєвих проблем, тобто для обслуговування практики тепер і негайно. Тому вони не можуть надмірно відриватися від реальної дійсності, надто високо «злітати» у сфери абстракції.

Як один з найбільш «заформалізованих» способів відтворення дійсності, закон спроможний «заморожувати» закладені в його нормах ідеї, поняття і правила. На відміну від динамічної змінюваності суспільного життя, норми закону являють «застиглу», «змертвілу» форму. Така відносна їхня незмінюваність є однією з необхідних властивостей норм права, важливою стороною їхньої інструментально-ціннісної характеристики. Саме завдяки їй забезпечується відносна стабільність регулювання суспільних відносин, без чого право немислиме.

Разом з тим, відносна «застиглість» норм права пояснює їхній певний спротив процесу свого постійного пристосування до потреб суспільного життя, що весь час змінюється. Тому навіть найдосконаліший на момент прийняття закон (чи окремі його положення) не завадить суспільним відносинам обганяти його. Надмірно «жорсткі» нормативні приписи, які прагнуть охопити поряд із загальними зв'язками все багатство конкретного, одиничного, набагато менше пристосовані до «вловлювання» нових потреб суспільного життя, в результаті чого «часові дистанції» їхнього існування значно скорочуються, а колізії між юридичною формою і реальними життєвими обставинами поглиблюються.

В умовах помітного зростання динамізму життя, притаманного сьогоденню, навіть ідеальна організація законотворчої діяльності, про яку нині ми можемо лише мріяти, неспроможна усунути закладені в самій формі закону гносеологічні передумови його «старіння», отже, вирішити проблему суперечності між

застарілими нормами закону і реальним життям, що розвивається, в повному обсязі. Вона здатна хіба що скоротити час існування таких норм. Проте скорочення «колізійного часу», з огляду на низку причин, також не безмежне.

Вихід із ситуації в радянські часи пропонувався найчастіше суто позитивістський: норми права, що не відповідають новим потребам суспільного розвитку, мають суворо і неухильно дотримуватися доти, доки вони не відмінені (чи змінені) уповноваженими на те державними органами [30, с. 12].

Однак, як свідчить історичний досвід, жодна юридична норма не може мати зобов'язувальної сили без її підтримки в масових формах поведінки і свідомості. Намагання забезпечити дію такої норми в ім'я формального «збереження ґрунту законності» за допомогою примусу, по суті, є нічим іншим, як проявом ортодоксального юридичного догматизму. Спроба забезпечити дію закону вказаним способом призводить до деструкції у правовому регулюванні й підриву авторитету права. Не випадково навіть у радянські часи застарілі норми, як правило, не втілювались у життя.

На відмінну від «застиглого» закону, право – явище динамічне, воно, як зазначалося, «має йти в ногу з часом», тобто змінюватися відповідно до змін, які відбуваються в реальному житті. Вирішальна роль у забезпеченні такої відповідності належить суду, який спирається в таких випадках не стільки на конкретні положення закону, скільки на принципи права. Завдяки високому ступеню нормативного узагальнення вони мають більшу «чутливість» до нового, володіють абстрактними формальними характеристиками більшої сили, ніж відповідний їм у кожний певний момент конкретний зміст. Ця «незаповненість» форми є тим внутрішнім рушієм, за допомогою якого формальні характеристики загальних принципів права вловлюють для себе новий зміст. Їхня більш висока «еластичність» забезпечує їх динамізм, дає їм можливість краще за правові норми реагувати на зміни в суспільному житті. Високий рівень абстракції принципів права своєю змістовну визначеність набуває у процесі їхнього застосування.

Складність взаємозв'язків закону і правозастосовних рішень зумовлюється не тільки можливою невідповідністю закону нагромадженим правовим цінностям, його відставанням від потреб суспільного життя, наявністю законодавчих прогалин тощо. Навіть за відсутності у законі очевидних вад правозастосовні органи, зокрема суди, під час ухвалення рішень не обмежуються суто силогістичною моделлю. Абстрагуючись від повноти конкретного, закон схематизує реальність. Право ж, як слушно зазначає один з найвизначніших філософів права післявоєнної Німеччини А. Кауфманн (до речі, колишній суддя), – це не абстрактна схема для правильних вчинків, воно радше саме є цим правильним вчинком або ж правильним рішенням у конкретній ситуації [31, с. 172]. Інакше кажучи, якщо «закон є лише загальною нормою для багатьох можливих випадків», то «право, навпаки, вирішує дійсну ситуацію тут і зараз» [31, с. 171]. Воно, на відмінну від закону, завжди конкретне. Тому право «не вкладене вже готовим у закон так, щоб воно могло бути звідти виведене» [31, с. 174].

Подібні погляди поступово проникають і на пострадянський простір. Як слушно зазначає экс-суддя Конституційного Суду РФ проф. Т.Г. Морщакова, «формалізація пошуку рішень на основі вичерпного законодавчого закріплення його алгоритму, як і повна формалізація самого права, об'єктивно не можливі» [32, с. 296]. Тому забезпечення єдності правозастосування є предметом юридичного дискурсу, об'єднання зусиль доктрини, а також правотворчих і правозастосовних структур. Це об'єднання зусиль об'єктивно диктується закономірностями життя права. Законодавець не повинен забувати про правовий зміст закону, допускати різнобій у регулюванні. Юридична доктрина, не обмежуючись лише аналізом законодавчих (нормативних) приписів, має розробляти способи і системи аргументації, з допомогою яких під час формулювання і застосування норм можуть нівелюватися об'єктивно обмежені можливості закону, що закріплює лише досить абстрактні моделі поведінки. Правозастосування ж не може виходити ні з механічного прикладання норми до конкретної ситуації, ні з абсолютної дискреції у виборі норм і їхній інтерпретації [32, с. 296].

З викладеного випливає, що юридична аргументація має ґрунтуватися на застосуванні дедуктивних та індуктивних герменевтичних і діалектичних методів, лише поєднання яких здатне забезпечити її точність, необхідну об'єктивність, реалістичність і динамізм.

1. Pound R. Mechanical jurisprudence. Columbia Law Review, 1908. – P. 605-623. Цит. за Титов В.Д. Юридическая логика в США. – Харьков, 2007. – С. 23.

2. Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. – М., 2004.

3. Perelman Ch. Logique juridique – nouvelle rhétorique (2 ed 1978).

4. Alexy R. Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Jurischen Begründung. – Frankfurt am Main, 1991.

5. Dworkin R. Des Law Have a Function? A comment on the Two-Level Theory of Dicision //Yalle Law journal. – 1965. – Vol.73. – No.4. – P. 526-560; Dworkin R. Is Law a System of Rules? // Chicago Law Review. – 1967. – No.1 та ін. Див. детальніше: Титов В.Д. Юридическая логика в США. – С. 153-162.

6. Див., наприклад: Grabowski. Dyskurs prawniczy, jako przypadek szczegolny ogolnego dyskursu praktycznego: Studia z filozofii prawa 2. – Krakow, 2003; Stelmach J., Brozek B. Metody prawnize. Krakow, 2006. – S. 161-220.

7. Див., наприклад: Бергель Ж.Л. Общая теория права / Пер. с франц. М., 2000; Bruckel S., Christensen R., Fischer-Lescano A. Neue Throrien des Rechts Stuttgart 2009; Mastronardi P. Angewandte Rechts theorie. Bern-Stuttgart-Wien, 2009. – P. 270; Циппеліус Р. Юридична методологія / Пер. з нім. – К., 2004.

8. Див., наприклад: Хижняк З.І., Маньківський В.К. Історія Києво-Могилянської Академії / Києво-Могилянська академія. Навчальний процес. Класи поетики і риторики. Клас філософії. Філософська думка в Академії. – К.: Вид. дім «КМ Академія», 2003. – С. 77-82; Попович М. Нарис історії культури України. – К.: «АртЕк», 1999. – С. 199-20.

9. Див.: Жеребкін В.Е. Логический анализ понятий права. – К., 1976.

10. Див., наприклад: Титов В.Д. Логическое знание в его социально-исторической детерминации: религиозный, правовой, политический контекст Древности и Средних веков. – Харьков, 2004; Титов В.Д. Юридическая логика в США. – Харьков, 2007.

11. Горшенев В.М. Юридическая деонтология. – К., 1988.
12. Сливка С.С. Юридична деонтологія. – Львів, 1996.
13. Шмоткін О.В. Юридична деонтологія. – К., 1995.
14. Гусарев С.Д., Тихомиров О.Д. Юридична деонтологія. – К., 1999.
15. Олійник С.Б. Теоретичні проблеми становлення юридичної риторики як складової теорії держави і права [Текст]: автореф. дис... докт. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2010.
16. Щербина О.Ю. Способи міркувань юристів країн романо-германського та англо-американського права // Вісник КНУ ім. Т. Шевченка. Філософія. Політологія. – 2010. – №98. – С. 39-43.
17. Morawski Lech. Wstep do prawoznawstwa. – Torun, 2009.
18. Алекси Роберт. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник права. – 2008. – №1. – С. 447-451.
19. Stelmach Jerzy. Brozek Bartosz. Metody prawnicze. – Krakow, 2006. – S. 175, 183-195.
20. Бержель Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000.
21. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Wien. 1913. – s. 385. Цит. за: Российский ежегодник теории права. – 2008. – №1.
22. Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельд П. Международное частное право и сравнительное правоведение. – М., 2003.
23. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. – М., 1999.
24. Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права» / Перевод с нем. М.В. Антонов // Российский ежегодник теории права. – 2009. – №2.
25. Колодій А.М. Принципи права України. – К., 1998.
26. Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. – М., 1999.
27. Фулей Т.І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні. Автореф. дис. – К., 2003.
28. Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. – К.: Вид. дім «КМ Академія», 2008.
29. Козюбра Н.И. Социалистическое право и общественное сознание. – К., 1979.
30. Лазарев В.В. Проблемы в праве и пути их устранения. – М., 1974.

31. Кауфманн А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. – 2008. – №1.

32. Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. – М., 2009.

У статті розкривається процес становлення та еволюції теорії юридичної аргументації, аналізується стан її дослідження і практичного використання в Україні та окреслюються можливі напрями і перспективи подальшого розвитку.

Ключові слова: юридична аргументація, логіка, риторика, діалектика, топіка, силогістична модель, дискурсивна модель, дедукція, індукція, дедуктивно-індуктивний спосіб обґрунтування.