

**НАВЧАЛЬНО-НАУКОВИЙ ІНСТИТУТ ПРАВА
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ
ТАРАСА ШЕВЧЕНКА**

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

КРАПИВІН ЄВГЕН ОЛЕКСІЙОВИЧ

УДК 340.1, 340.13

ДИСЕРТАЦІЯ

**«ОСНОВНІ ЗАСАДИ ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ У
СУЧАСНИХ ДОКТРИНАХ ВЕЛИКОЇ БРИТАНІЇ ТА США»**

Спеціальність: 081 – «Право»

Галузь знань: 08 – «Право»

Подається на здобуття ступеня доктора філософії (PhD)

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне
джерело

_____ **Є. О. Крапивін**

Науковий керівник

МАЛИШЕВ Борис Володимирович,
доктор юридичних наук, професор

Київ – 2026

АНОТАЦІЯ

Крапивін Є.О. Основні засади юридичного позитивізму у сучасних доктринах Великої Британії та США. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» (08 – Право). Виконана в Навчально-науковому інституті права Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Київ, 2026.

У дисертації здійснено комплексний аналіз сучасних теорій англо-американського юридичного позитивізму. *Актуальність* досліджуваної теми зумовлена необхідністю переосмислення юридичного позитивізму в контексті його домінування в англо-американській правовій традиції, на відміну від континентальної, де він часто сприймається як застарілий через асоціації з авторитарними режимами. Автор підкреслює, що у Великій Британії та США юридичний позитивізм забезпечує верховенство права, нормативність і соціальну координацію. При цьому давно вже не відбувається його ототожнення виключно з класичною формулою Дж. Остіна – «право є наказом суверена, забезпечений санкцією». Адже ця формула відображає класичний погляд на англо-американський юридичний позитивізм, що сформувався у XIX ст. і є застарілою станом на сьогодні. Сучасні підходи (від Г. Гарта до С. Шапіро) враховують принципи права, уможливають моральну оцінку права у критичних випадках і звертаються до авторитету права як підставу підкорення людьми приписам норм права (джерело нормативності права). Всі ці поступки з одного боку уможливають більшу гнучкість права під час судового тлумачення, водночас розмивають чіткі межі між юридичним позитивізмом та непозитивістськими теоріями.

В дисертаційному дослідженні обґрунтовано, що в українській юридичній науці бракує системного вивчення цих ідей, що робить дослідження

актуальним для запозичення в національну практику, зокрема в тлумаченні норм права Конституційним Судом України і Верховним Судом.

Метою дослідження є розкриття ключових засад сучасного англо-американського юридичного позитивізму, оцінка його критики з непозитивістських позицій (насамперед природно-правових підходів в англо-американській юридичній науці) та аналіз застосування цих ідей у судовій практиці України вищими судами, що створюють квазіпрецеденти для забезпечення стабільності правової системи.

Для досягнення мети поставлено такі *завдання*: проаналізувати ключові ідеї позитивістів щодо поняття права, зв'язку моралі й права, ролі державного примусу; здійснити періодизацію та класифікацію доктрин сучасного англо-американського юридичного позитивізму (інклюзивний/екслюзивний юридичний позитивізм); обґрунтувати проблеми українських перекладів термінології та запропонувати власний тезаурус щодо найбільш оптимального перекладу понять з англійською мови (мовні аспекти враховано через авторський переклад термінів, відсутніх в українській традиції – додаток №1); ввести в науковий обіг ідеї надсучасних авторів (К. Хімма, С. Шапіро); оцінити критику з боку англо-американських непозитивістів, насамперед прихильників природно-правового типу праворозуміння (Р. Дворкін, Л. Фуллер, Дж. Фінніс, Р. Алексі); виявити ознаки юридичного позитивізму в рішеннях судів вищих інстанцій, що формують квазіпрецедент – Конституційного Суду України та Верховного Суду України.

Об'єктом дослідження визначено англо-американський юридичний позитивізм як тип праворозуміння. Предметом – основні положення доктрин сучасних представників теорії та філософії права Великої Британії та США (Г. Гарт, Дж. Раз, К. Хімма, С. Шапіро). *Методологічну* основу становлять принципи наукового пізнання (об'єктивність, всебічність, достовірність). Застосовано загальнонаукові методи (аналіз, синтез,

індукція, дедукція, порівняння, моделювання) та конкретно-наукові: історичний (для періодизації розвитку юридичного позитивізму); логічний (для вивчення формування наукових напрямів); порівняльний (для зіставлення різних типів праворозуміння); системний (для аналізу взаємозв'язку права з мораллю); формально-аналітичний (для формулювання положень типів праворозуміння та їх зв'язку з різними соціальними регуляторами); метод інтеграції (для виявлення цілісності права як явища); емпіричний (контент-аналіз судових рішень КСУ та ВС); формально-логічний (мисленнєвий експеримент, концептуальний аналіз як методи сучасної аналітичної філософії).

У *першому* розділі надано загальну характеристику доктрин англо-американського юридичного позитивізму: методологія дослідження, етапи розвитку, ідеї «класика» сучасного періоду – Г. Гарта (концепцію правила визнання та «мінімального змісту права природного в праві позитивному»), подальший поділ на інклюзивний/екслюзивний юридичний позитивізм, ідеї Дж. Раза (концепції «авторитету права», мисленнєвий експеримент «суспільство янголів» тощо), К. Хімми (переосмислення ролі державного примусу в праві), С. Шапіро («планувальна теорія» права). *Другий* розділ присвячено критиці цих ідей зсередини англо-американської правової науки: критику моральної нейтральності права, поняття права, що обмежується лише соціальними фактами (домовленостями), критику державного примусу як основної підстави підкорення праву (аргументи непозитивістів). В *третьому* розділі проаналізовано застосування цих ідей в Україні: розглянуто тенденції тлумачення норм права вищими судами, що створюють квазіпрецеденти, а саме наведено практику Конституційного Суду України (природно-правові елементи в конституційному правосудді) та Верховного Суду (позитивізм як тип праворозуміння, що застосовується за замовчуванням, юснатуралізм у складних справах).

Загальні висновки, сформульовані автором дослідження полягають в тому, що сучасний англо-американський юридичний позитивізм задовольняє вимоги нормативності права, але критикується за моральну нейтральність. Тобто попри те, що він є домінуючим типом праворозуміння, проте в кінцевому залишку не може запобігати свавіллю влади, що унеможлиблює завершення дискусії між різними типами праворозуміння, оскільки жоден з них не відповідає на всі питання, що ставить перед правом суспільство. Сучасні теорії призвели до поділу англо-американського юридичного позитивізму на інклюзивний та ексклюзивний залежно від того чи включається мораль у поняття права, проте фактично розмили межу між юридичним позитивізмом та непозитивістськими типами праворозуміння. Надсучасні теорії зосередились на окремих елементах – планувальній природі права, ролі державного примусу – проте не спромоглись сформувати якісно нові теорії, вийшовши за межі опозиції «позитивізм-непозитивізм» як це відбувається у сучасних інтегративних теоріях права. Наукова новизна полягає в першому в Україні комплексному дослідженні сучасного англо-американського позитивізму. Вперше запропоновано його періодизацію: *докласичний* (Т. Гоббс, Дж. Бентам), *класичний* (Дж. Остін), *сучасний* (Г. Гарт, Дж. Раз) та *надсучасний* (К. Хімма, С. Шапіро) періоди; класифікацію за тезами соціальної природи права та відокремлення права від моралі; проаналізовано концепції за трьома ознаками (мораль і право, поняття права, державний примус); виділено відмінності від класичної теорії Дж. Остіна (визнання принципів права, моральної оцінки норм права у критичних випадках, розширення змісту примусу, роль авторитету тощо); проаналізовано ідеї Дж. Раза (авторитет права як підстава його нормативності); введено в наукових обіг концепції надсучасних теорій – «планувальна теорія» (С. Шапіро) та «примусова природа права» (К. Хімма); обґрунтовано невід’ємність державного примусу як визначальної категорії права; оцінено критику непозитивістів (моральність права як

запобіжник від свавілля влади, наявність позанормативних джерел права, зокрема принципів, задля досягнення цілей правового регулювання тощо); запропоновано методичку пошуку ознак праворозуміння в судових рішеннях; встановлено домінування позитивізму в мотивувальних частинах рішень КСУ та ВС, з елементами юснатуралізму в складних справах (hard cases).

В дисертації також удосконалено класифікацію напрямів позитивізму та їх співвідношення з непозитивістськими типами праворозуміння; розуміння філософського підґрунтя англо-американського юридичного позитивізму (генеза суверенітету, утилітаризму); вплив аналітичної філософії; відмінності правил визнання Г. Гарта та засадничої норми Г. Кельзена; критичні аргументи зсередини юридичного позитивізму (К. Хімма проти Дж. Раза) та ззовні (Р. Дворкін, Л. Фуллер, Дж. Фінніс, Р. Алексі).

Практичне значення: результати можуть використовуватися в навчальних курсах з теорії права, філософії права; для удосконалення судової практики в Україні (тлумачення норм, подолання колізій); для перекладів праць вчених англо-американської правової традиції.

Ключові слова: праворозуміння, юридичний позитивізм, позитивне право, нормативність права, правило визнання (засаднича норма), державний примус, англо-американське право, загальне право, принцип права, методологія права, судовий прецедент, правотворчість

ABSTRACT

Kravyvin Y.O. The fundamentals of legal positivism in contemporary doctrines in Great Britain and the United States

Dissertation for the degree of Philosophy Doctor in the specialty 081 “Law” (08 – Law). Educational and Research Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Kyiv, 2026.

The dissertation provides a comprehensive analysis of contemporary theories of Anglo-American legal positivism. The relevance of the studied topic

is determined by the need to rethink legal positivism in the context of its dominance in the Anglo-American legal tradition, as opposed to the continental tradition (including Ukraine), where it is often perceived as outdated due to its association with authoritarian regimes. The author emphasizes that in Great Britain and the United States, legal positivism ensures the rule of law, normativity, and social coordination. Meanwhile there has been a long time passed since legal positivism ceased to be identified exclusively with J. Austin's classic formula: "law is the sovereign's command backed by sanction". This formula reflects the classic view of Anglo-American legal positivism that took shape in the 19th century and is now outdated. Contemporary approaches (from H.L.A. Hart to S. Shapiro) take into account the principles of law, enable moral evaluation of law in critical cases, and refer to the authority of law as the basis for people's compliance with legal norms (the source of the normativity of law). All these advances, on the one hand, enable greater flexibility of law during judicial interpretation, while at the same time blurring the clear boundaries between legal positivism and non-positivist theories.

The research substantiates that Ukrainian legal science lacks a systematic study of these ideas, which makes the research relevant for adoption into national practice, in particular in the interpretation of legal norms by the Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court.

The *purpose* of the research is to reveal the key principles of modern Anglo-American legal positivism, to evaluate its criticism from non-positivist positions (primarily natural law approaches in Anglo-American legal science), and to analyze the application of these ideas in the judicial practice of Ukraine by higher courts, which create quasi-precedents to ensure the stability of the legal system.

To achieve this goal, the following *tasks* were set: to analyze the key ideas of legal positivists regarding the concept of law, the connection between morality and law, and the role of the coercion; to periodize and classify the doctrines of

contemporary Anglo-American legal positivism (inclusive/exclusive legal positivism); to substantiate the problems of Ukrainian translations of terminology and propose our own thesaurus for the most optimal translation of concepts from English (linguistic aspects are taken into account through the author's translation of terms that are absent in the Ukrainian tradition – Appendix No. 1); introduce the ideas of contemporary authors (K. Himma, S. Shapiro) into scientific discourse; evaluate criticism from Anglo-American non-positivists, primarily supporters of the natural law type of legal understanding (R. Dworkin, L. Fuller, J. Finnis, R. Alexy); to identify elements of legal positivism in the decisions of higher courts that form quasi-precedents – the Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court.

The *object* of the study is Anglo-American legal positivism as a concept of law. The *subject* is the main provisions of the doctrines of contemporary representatives of the theory and philosophy of law in Great Britain and the United States (H.L.A. Hart, J. Raz, K. Himma, S. Shapiro). The methodological basis consists of the principles of scientific knowledge (objectivity, comprehensiveness, reliability). General scientific methods (analysis, synthesis, induction, deduction, comparison, modeling) and specific scientific methods are used: historical (for periodization of the development of legal positivism); logical (for studying the formation of scientific trends); comparative (for comparing different types of legal understanding); systemic (for analyzing the relationship between law and morality); formal-analytical (for formulating the provisions of types of legal understanding and their connection with various social regulators); integration method (for revealing the integrity of law as a phenomenon); empirical (content analysis of court decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court); formal-logical (thought experiment, conceptual analysis as methods of modern analytical philosophy).

The *first* section provides a general description of the doctrines of Anglo-American legal positivism: research methodology, stages of development, ideas

of the “classic person” of the modern period – H.L.A. Hart (the concept of the rule of recognition and “the minimum content of natural law in positive law”), further division into inclusive/exclusive legal positivism, the ideas of J. Raz (the concept of “authority of law,” the thought experiment “society of angels,” etc.), K. Himma (rethinking the role of state coercion in law), S. Shapiro (“planning theory” of law). The *second* chapter is dedicated to the criticism of these ideas from within Anglo-American legal science: criticism of the moral neutrality of law, the concept of law limited only to social facts (agreements), criticism of state coercion as the main basis for submission to law (arguments of non-positivists). The *third* chapter analyzes the application of legal positivism key ideas in Ukraine: it examines trends in the interpretation of legal norms by higher courts, which create quasi-precedents, namely the practice of the Constitutional Court of Ukraine (natural law elements in constitutional justice) and the Supreme Court (positivism as a type of legal understanding applied by default, meanwhile *ius naturale* in complex cases).

The main conclusions formulated by the author of the research are that modern Anglo-American legal positivism satisfies the requirements of legal normativity but is criticized for its moral neutrality. In other words, despite being the dominant type of legal understanding, it ultimately cannot prevent the abuse of power, which makes it impossible to conclude the debate between different types of legal understanding, since none of them answers all the questions that society poses to the law. Contemporary theories have led to the division of Anglo-American legal positivism into inclusive and exclusive, depending on whether morality is included in the concept of law, but in fact have blurred the line between legal positivism and non-positivist types of legal understanding. Ultra-modern theories have focused on individual elements – the planning nature of law, the role of state coercion – but have failed to form qualitatively new theories, going beyond the opposition of “positivism – non-positivism” as is the case in modern integrative theories of law.

The scientific novelty lies in the first comprehensive study of contemporary Anglo-American positivism in Ukraine. For the first time, its periodization is proposed: *pre-classical* (T. Hobbes, J. Bentham), *classical* (J. Austin), *modern* (H.L.A. Hart, J. Raz), and *ultra-modern* (K. Himma, S. Shapiro) periods; a classification based on the theses of the social nature of law (social thesis) and the separation [of law from morality] thesis; the concepts are analyzed according to three criteria (morality and law, the concept of law, role of state coercion); differences from J. Austin's classical theory are highlighted (recognition of the principles of law, moral evaluation of legal norms in critical cases, expansion of the content of coercion, the role of authority, etc.); J. Raz's ideas are analyzed (the authority of law as the basis for its normativity); the concepts of ultra-modern theories are introduced into scientific circulation – “planning theory” (S. Shapiro) and “the coercive nature of law” (K. Himma); justified the indispensability of state coercion as a defining category of law; evaluated the criticism of non-positivists (the morality of law as a safeguard against the abuse of power, the existence of non-normative sources of law, in particular principles, for the achievement of the goals of legal regulation, etc.); a methodology for searching for elements of legal understanding in court decisions is proposed; the dominance of legal positivism in the motivational parts of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court is established, with elements of *ius naturale* in hard cases.

The research also improves the classification of trends among legal positivists and their relationship with non-positivist ones; understanding of the philosophical basis (the genesis of the ideas of sovereignty, utilitarianism etc.); the influence of analytical philosophy; differences between H.L.A. Hart's rules of recognition and H. Kelsen's basic norm (Gründnorm); critical arguments from within legal positivism (K. Himma vs. J. Raz) and from outside (R. Dworkin, L. Fuller, J. Finnis, R. Alexy).

Practical impact: the results can be used in courses on legal theory and philosophy of law; to improve judicial practice in Ukraine (interpretation of norms, overcoming conflicts); for translations of Anglo-American sources etc.

Key words: concept of law, legal positivism, positive law, normativity of law, rule of recognition (basic norm), coercion, Anglo-American law, common law, principles of law, methodology of law, judicial precedent, legal-making

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Статті у наукових фахових виданнях України з юридичних наук:

1. Крапивін Є.О. Основні ідеї праворозуміння Дж. Раза. Юридичний науковий електронний журнал. №8. 2023. С. 16-20.
2. Крапивін Є.О. Відмінність «інклюзивного» та «ексклюзивного» юридичного позитивізму в сучасній англо-американській юридичній науці. Юридичний науковий електронний журнал. №4. 2024. С. 42-46.
3. Крапивін Є.О., Малишев Б.В. Роль «правила визнання» Г. Гарта у сучасному англо-американському юридичному позитивізмі. Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. №84. 2024. С. 78-82.
4. Крапивін Є.О., Малишев Б.В. Роль примусу в праві (аналіз ідей Кеннета Хімми). Юридичний науковий електронний журнал. №12. 2024. С. 42-45.
5. Крапивін Є.О. Англо-американський юридичний позитивізм: періодизація, класифікація, автори та ключові ідеї. Аналітично-порівняльне правознавство. №6. Ч. 1. 2025. С. 86-91.

Матеріали науково-практичних конференцій

1. Крапивін Є.О. Л.Й. Петражицький та сучасний англо-американський юридичний позитивізм. VII Міжнародна науково-практична конференція «Соціологічні проблеми права» «Вплив ідей Л. Й. Петражицького на сучасну політико-правову доктрину (до 156 річчя від дня народження науковця». 13 квітня 2023 року. КНУ ім. Т. Шевченка. С. 81-84.
2. Крапивін Є.О. Пріоритезація, кримінальна політика і моральна філософія: перспективи в Україні. Науково-практичний круглий стіл

на тему : «Пріоритети кримінального судочинства та відновлення справедливості в контексті російсько-українського збройного конфлікту». 23 вересня 2025 року. Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса. С. 104-107.

3. Крапивін Є.О. Праворозуміння Конституційного Суду України: природно-правове чи позитивістське? Науково-практична конференція «Загальнотеоретичне правознавство: перспективи розвитку». 5-6 грудня 2025 року. Національний університет «Києво-Могилянська академія».

ЗМІСТ

ВСТУП.....	16
------------	----

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СУЧАСНИХ ДОКТРИН

ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ.....	31
-----------------------------	----

1.1 Методологія дослідження сучасного англо-американського юридичного позитивізму.....	31
--	----

1.2 Основні етапи розвитку доктрини сучасного англо-американського юридичного позитивізму.....	53
--	----

1.3 Герберт Гарт та поділ юридичного позитивізму на інклюзивний/екслюзивний.....	63
--	----

1.4 Джозеф Раз як представник екслюзивного юридичного позитивізму.....	80
--	----

1.5 Кеннет Хімма та роль державного примусу в праві.....	92
--	----

1.6 Скотт Шапіро та «планувальна» теорія права.....	101
---	-----

Висновки до першого розділу.....	109
----------------------------------	-----

РОЗДІЛ 2. КРИТИКА СУЧАСНИХ ДОКТРИН АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОГО

ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ.....	113
-----------------------------	-----

2.1 Критика співвідношення моралі і права в доктринах англо-американського юридичного позитивізму.....	113
--	-----

2.2 Критика поняття права в доктринах англо-американського юридичного позитивізму.....	128
--	-----

2.3 Критика державного примусу в праві в доктринах англо-американського юридичного позитивізму.....	136
---	-----

Висновки до другого розділу.....	142
----------------------------------	-----

РОЗДІЛ 3. ВИКОРИСТАННЯ НАДБАНЬ СУЧАСНИХ ДОКТРИН ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ ВЕЛИКОЇ БРИТАНІЇ ТА США В ЮРИДИЧНІЙ ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ.....	144
3.1 Загальні тенденції використання надбань сучасних доктрин юридичного позитивізму в процесі тлумачення норм законодавства України.....	144
3.2 Практика Конституційного Суду України.....	150
3.3 Практика Верховного Суду.....	168
Висновки до третього розділу.....	180
 ЗАГАЛЬНІ ВИСНОВКИ.....	 183
 ДОДАТОК №1: ОСОБЛИВОСТІ ПЕРЕКЛАДУ ТЕРМІНОЛОГІЇ.....	 190
 СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	 193

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Юридичний позитивізм має довгу історію формування як тип праворозуміння. Його філософське підґрунтя має в собі ідеї етатизму (панування держави), суверенітету та пріоритету чинного, позитивного, створеного людьми права, очищеного від нашарувань інших соціальних регуляторів, насамперед моралі. Нерідко юридичний позитивізм помилково сприймається як «застарілий» підхід. Бо вважається, що ця концепція не змогла запобігти свавіллям влади в тоталітарних режимах на європейському континенті у першій половині XX ст., адже ототожнювала законність з будь-яким велінням влади, незалежно від його змісту.

Натомість в англо-американській (або ширше – в традиції загального права) юридичний позитивізм до сих пір визнається панівним типом праворозуміння. Отже, виникає питання про причину такої діаметрально протилежної оцінки юридичного позитивізму у контексті англо-американської традиції.

Вказаний феномен є тим більше цікавим через те, що Велика Британія та США протягом XX-початку XXI ст. мали визнаний статус провідних демократій і в багатьох аспектах вважаються взірцем дотримання принципів верховенства права. З'ясування Відповідь на це вимагає розуміння стану розробки і основних положень доктрин сучасного англо-американського праворозуміння, яким і присвячене це дисертаційне дослідження.

Довгий час була поширена необґрунтована точка зору, яка зводила всю суть англо-американського юридичного позитивізму до класичної формули Дж. Остіна про те, що «право – це наказ суверена, забезпечений санкцією». Проте зараз це вочевидь застарілий та спрощений погляд, адже часова відстань між Остіном, який жив у XIX столітті, і сьогоденним юридичним

позитивізмом – величезна. Сучасні і надсучасні теорії юридичного позитивізму – від Г. Гарта і до С. Шапіро, абсолютно інакше дивляться на такі ключові категорії, як відмежування права від моралі, на соціального походження права, причини підкорення праву з боку людей, а також на роль державного примусу у правовому регулюванні. Сучасний англо-американський суддя-позитивіст цілком може застосовувати норми-принципи, а не лише норми-правила, а в окремих випадках він вправі звертатися до позанормативних джерел права, насамперед моральних. Отже, демаркаційна лінія між юридичним позитивізмом та непозитивістськими типами праворозуміння, насамперед природно-правовим, стала тонкою як ніколи до цього. Поширення ідей інклюзивного (м'якого) юридичного позитивізму, який допускає в критичних випадках присутність елементів моралі у праві, дозволяє стверджувати, що таке зближення інклюзивного юридичного позитивізму та непозитивістських типів праворозуміння уже давно відбувається. Тому зазначена вище діаметральна протилежність – позитивізм/непозитивізм – є у багатьох аспектах перебільшеною. Що підтверджується інтегративними типами праворозуміння, автори яких намагаються винести за дужки цю опозицію (наприклад, «дуальна теорія права» Р. Алексі).

Отже, можна стверджувати, що сьогодні юридичний позитивізм задовольняє базові вимоги до права – його нормативність (універсальність), задоволення потреб координації суспільного життя, а також можливість застосування заходів державного примусу для осіб, які уникають дотримання норм права.

Водночас всі типи праворозуміння так чи інакше звертаються до термінологічного апарату юридичного позитивізму: полемізують з його засадничими положеннями, а саме авторитетно висловлюваних нормативно-інституціональних аспектах права, без яких неможливо забезпечити системність, упорядкованість, юридичну визначеність права.

Такі терміни як «несправедливий закон», «неправова норма», «живе право» чи дихотомія «право/закон» походять від позитивістського підходу і часто зустрічаються у публікаціях представників різних типів праворозуміння. Хоча юснатуралізм і оперує поняттями «природних прав», «справедливості», «моралі», вони не мають однозначного юридичного змісту.

Таким чином для англо-американського юридичного позитивізму право водночас є нормативним та чітко структурованим, однозначним і передбачуваним, проте має певні механізми розв'язання внутрішніх проблем – від заповнення прогалин прецедентною практикою суду до невідкорення свавільним аморальним наказам авторитарної влади, якщо вона вирішує ухвалити закони, що посягають на життя людини (Г. Гарт називає це «мінімумом права природного у праві позитивному»).

В юридичній літературі англо-американський юридичний позитивізм нерідко згадується лише поверхово. І це викликає необхідність продовження його розробки, зокрема, у напрямі належної періодизації та класифікації різних поглядів на право представників юридичного позитивізму Великої Британії і США.

В Україні юридичний позитивізм досліджувався на рівні комплексних робіт, але здебільшого лише у контексті інших течій поглядів на право. Мова йде насамперед про праці С.Ф. Алаіс [1], С.І. Максимова [43], К.В. Горобця [14] та А.В. Баран [4]. При цьому наявні публікації щодо окремих складових теорій англо-американських юридичний позитивістів – Г.А. Вдовина досліджувала англо-саксонську філософію права XX ст. [9], проте зважаючи на час написання цієї роботи, вживана термінологія вже застаріла, а ідеї юридичного позитивізму представлені дуже стисло, ґрунтуючись на російськомовних перекладних джерелах, що вельми звузило предмет аналізу.

Р.П. Луцький дослідив теоретико-правові засади формування сучасного позитивного права [40] [41], присвятивши детальну увагу філософським аспектам формування юридичного позитивізму. Ю.В. Цуркан-Сайфуліна дослідила зв'язок влади і права у концепціях юридичного позитивізму [85] та вперше проаналізувала деякі ідеї ексклюзивного юридичного позитивізму Дж. Раза.

В. Середюк і О. Богдан досліджували нормативність права в юридичному позитивізмі [72] [73] [74], зокрема відповідь на питання чому людина підкорюється праву. Б.В. Малишев писав про ідеї Г. Гарта та м'якого позитивізму [46], намагаючись запозичити в нього ідеї м'якого позитивізму для обґрунтування сучасної конвергенції ідей права позитивного і права природного. О.С. Гримайло писав про політичну філософію Дж. Раза [16], що зумовлено наявністю перекладу українською ключової роботи з цієї теми [66].

В навчальній літературі огляд ідей сучасного юридичного позитивізму зазвичай обмежені коротким оглядом праць Дж. Остіна та Г. Кельзена [39] [82] [79]. Лише в декількох підручниках останніх років можна знайти згадку про Г. Гарта, Дж. Коулмана, а також лаконічні згадки про поділ на інклюзивний та ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм тощо [24] [25] [26].

Сучасний англо-американський юридичний позитивізм лише починається ідеями Г. Гарта. Надалі його теорію розвивав Дж. Раз, основні праці якого опубліковано у 1970-80х роках XX століття. Крім того є ціла плеяда більш сучасних авторів періоду після 1990х років (К. Хімма, С. Шапіро, Дж. Постема, Б. Лейтер та інші), наукові доробки яких взагалі не досліджені у вітчизняній науці.

Отже, можна констатувати, що в українській юридичній науці відсутній системний погляд на головні ідеї та здобутки сучасного англо-американського юридичного позитивізму. Також відсутній огляд основних

позицій критики позитивізму з боку вчених цієї ж англо-американської правової традиції.

Мета і завдання дослідження. *Метою* дисертаційного дослідження є розгляд ключових ідей сучасного англо-американського юридичного позитивізму, оцінку їх критики з боку англо-американських непозитивістських позицій (насамперед природно-правових). Крім того метою є проведення аналізу практики застосування вищими судовими інстанціями України здобутків юридичного позитивізму як теорії права, що дозволяє досягти стабільності судової практики і функціонування правової системи в цілому.

Завданнями дисертаційного дослідження є:

- аналіз ключових ідей англо-американських юридичних позитивістів стосовно поняття права, зв'язку моралі і права та ролі державного примусу в праві;
- здійснення хронологічної періодизації етапів формування сучасного англо-американського юридичного позитивізму та їх класифікація (інклюзивний та ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм), виокремлення основних засад сучасного юридичного позитивізму у Великій Британії та США;
- обґрунтування концептуальних недоліків наявних українських перекладів праць англо-американських юридичних позитивістів та пропозиція власного тезаурусу для перекладу ключових термінів, що спирається на осмислення предмету дослідження;
- введення у вітчизняний науковий обіг ідей представників надсучасного етапу англо-американського юридичного позитивізму (К. Хімма, С. Шапіро), праці яких не досліджувались раніше;
- оцінка критики ключових тез англо-американського юридичного позитивізму, насамперед з позицій англо-американського природно-

правового типу праворозуміння (Р. Дворкін, Л. Фуллер, Дж. Фінніс) та інших непозитивістських типів праворозуміння (Р. Алексі);

- виявлення ознак застосування ідей англо-американського юридичного позитивізму в рішеннях суддів Верховного Суду та Конституційного Суду України – судів, які можуть формувати квазіпрецеденти (правові позиції, обов’язкові для врахування іншими судами).

Об’єктом дослідження є англо-американський юридичний позитивізм як тип праворозуміння.

Предметом дослідження є основні положення і засади юридичного позитивізму, представлено у доктринах сучасних представників теорії та філософії права у Великій Британії та Сполучених Штатах Америки (Г. Гарт, Дж. Раз, К. Хімма та С. Шапіро).

Методи дослідження. Методологічну основу дисертації становить комплекс принципів наукового пізнання (об’єктивності, всебічності, достовірності, професійності) та поєднання методологічних підходів і методів, добір яких зумовлений предметом дослідження.

Загальнонауковими методами, які застосовувались в цій дисертації є аналіз і синтез, індукція та дедукція, порівняння і моделювання – для побудови узагальненої моделі досліджуваних явищ.

Конкретно-науковими методами, які застосовувались в цій дисертації є:

- *історичний* (використаний для дослідження історії формування англо-американського юридичного позитивізму, насамперед філософського підґрунтя);
- *логічний* (використаний для вивчення логіки процесу формування різноманітних наукових напрямів і підходів до розуміння поняття та сутнісних характеристик права);

- *порівняльний* (використаний для вивчення сутності права шляхом порівняння підходів до розуміння права різними типами праворозуміння);
- *системний* (використаний для вивчення сутності права як явища, яке є соціальним регулятором поряд з іншими, насамперед мораллю – взаємозв’язок з якою є центральною точкою поділу між позитивізмом та іншими типами праворозуміння);
- *формально-аналітичний* (використаний, по-перше, для можливості визначення і чіткого формулювання вихідних положень різних типів праворозуміння і, по-друге, для можливості аналізу взаємозв’язку типів праворозуміння з соціальними характеристиками права, взаємозв’язку з мораллю і характеристиками державного примусу, що забезпечують його дієвість);
- *метод інтеграції* (використаний для можливості виявлення внутрішньої цілісності багатоманітних якостей такого складного явища як право);
- *емпіричний* (здійснено контент-аналіз рішень Конституційного Суду України, Верховного Суду, окремих думок до цих рішень щодо складових праворозуміння судів, зокрема ідей англо-американського юридичного позитивізму);
- *формально-логічний* (застосовано методи сучасної аналітичної філософії – мисленнєвий експеримент (для аналізу мисленнєвого експерименту «суспільства янголів» Дж. Раза) та концептуальний аналіз (аналіз ідей авторів, які тяжіють до лінгвістичної філософії)).

Стосовно *мовних аспектів* дисертації варто зауважити, що основний матеріал для дисертаційного дослідження наявний в оригіналі англійською мовою, а переклади українською майже відсутні, за винятком випадків, окреслених в цій роботі. З огляду на це, цитування авторів чи переказ їх ідей відбувається в авторській редакції (перекладі), а за необхідності окремі

концепції, що мають важливе значення для розуміння подаються в дужках мовою оригіналу. Особливості перекладу окремих понять, зумовлені відсутністю сталої традиції перекладу в українській науковій юридичній літературі, наведені у *Додатку №1* до дисертації.

Стосовно часових меж дослідження необхідно зазначити, що під *сучасним* періодом англо-американського юридичного позитивізму розуміються ідеї, висловлені після публікації у 1961 р. Г. Гартом «Поняття права» (The Concept of Law), що уможливило дискусію про правила визнання, принципи права та подальший поділ позитивізму на інклюзивний/ексклюзивний. *Надсучасний* період починається у 1990х роках, де можна констатувати, що ідеї Г. Гарта та Дж. Раза набули остаточної форми, а нові автори в межах цієї традиції менше уваги приділяють розвитку ідей Г. Гарта, а більше зосереджені на створенні нових підходів до визначення юридичного позитивізму.

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертаційна робота є першим в Україні комплексним теоретико-правовим дослідженням ідей сучасного англо-американського юридичного позитивізму як панівного типу праворозуміння в юридичній науці Великої Британії та США.

Вперше:

- виокремлено основні засади сучасного юридичного позитивізму у Великій Британії та США (англо-американського юридичного позитивізму), а також тенденції щодо подальшого розвитку цього типу праворозуміння;
- впроваджено *періодизацію* всього англо-американського юридичного позитивізму, і виділено такі періоди: 1) докласичний (Т. Гоббс, Дж. Бентам), 2) класичний (Дж. Остін), 3) сучасний (Г. Гарт, Дж. Раз) та 4) надсучасний (К. Хімма, С. Шапіро та ін.) ;
- досліджено класифікаційні ознаки розмежування різних течій англо-американського юридичного позитивізму: *інклюзивного* та

ексклюзивного позитивізму – тез про соціальну природу права (поділ залежно від того чи крім соціального походження права (суспільної домовленості) має бути безумовно дотримана правова процедура створення права чи ні), тез про відокремлення/відокремлюваність норм права від норм моралі (поділ залежно від того включається мораль в поняття права чи ні);

- обґрунтовано центральне місце тези про відокремлення права і моралі в теоріях англо-американського юридичного позитивізму шляхом аналізу різних поглядів на необхідність моральної оцінки чинного права: якщо для природно-правових теорій мова йде про універсальні моральні норми, що запобігають свавіллю влади шляхом ухвалення аморальних норм права, то англо-американські юридичні позитивісти скептично налаштовані до моральних норм, які не є універсальними і можуть використовуватись з тією ж метою;
- проаналізовано суть концепцій права сучасних та надсучасних англо-американських юридичних позитивістів за трьома ключовими ознаками: 1) взаємозв'язок моралі і права; 2) поняття права (соціальна природа права та підстави його визнання суспільством); 3) роль державного примусу в праві (причини підкорення людьми нормам права);
- обґрунтовано ключові відмінності сучасного і надсучасного англо-американського юридичного позитивізму від його класичної версії – наказової (командної) теорії Дж. Остіна, а саме: 1) визнання норм-принципів поряд з нормами-правилами; 2) можливість застосування суддею позанормативних джерел права (насамперед моралі) в окремих критичних для життя і свободи людини випадках; 3) розширення ролі державного примусу до заохочувальних норм, а не лише фізичного державного примусу; 4) підкреслення ролі

авторитету права та соціальної практики суб'єктів правозастосування в підставах підкорення суспільства права (легітимації);

- введено у вітчизняний науковий обіг ключові терміни і назви концептів сучасних і надсучасних теорій англо-американських юридичних позитивістів, роботи яких не перекладено українською мовою (Дж. Раз, К. Хімма, С. Шапіро), а також пояснено історико-філософські та термінологічні проблеми українського перекладу Н. Комарової 1998 року засадничої для цього типу праворозуміння праці Г. Гарта «Концепція права» (The Concept of Law);
- проаналізовано ключові ідеї ексклюзивного юридичного позитивіста Дж. Раза, який розглядав право як систему керівних норм і рішень, яка претендує на вищу юридичну силу у певному суспільстві, а оскільки вона є ефективною, то й користується такою ж ефективною владою в суспільстві, зокрема авторитетність права як підставу його нормативності;
- проаналізовано ключові ідеї англо-американських юридичних позитивістів *надсучасного* періоду – «планувальну теорію» С. Шапіро та концепцію державного примусу в праві К. Хімми, зокрема наведено критичні аргументи щодо слабких місць цих теорій;
- обґрунтовано невід'ємне місце державного примусу у визначенні природи права шляхом критичного осмислення ідей соціальної ефективності права (авторитету права) як підстави його нормативності (підкорення людей праву), висловлених англо-американськими юридичними позитивістами, які намагались усунути державний примус з поняття права;
- проаналізовано ключові аргументи прихильників англо-американської природно-правової теорії (Р. Дворкін, Л. Фуллер, Дж. Фінніс) та непозитивістських теорій (Р. Алексі) стосовно обмеженого погляду юридичних позитивістів на мораль, яка є невід'ємною

складовою права з огляду на наявність універсального характеру для всіх суспільств, а також того, що будь-які форми сучасного юридичного позитивізму все одно не можуть запобігти відвертому свавілля владі в авторитарних та тоталітарних режимах;

- запропоновано методику пошуку ознак праворозуміння у рішеннях Конституційного Суду України та Верховного Суду для з'ясування стратегій подолання складних справ (hard cases) українськими суддями, рішення яких утворюють квазіпрецедент для судів нижчих інстанцій та ширшого кола суб'єктів правозастосування, яка полягає в ідентифікації ознак праворозуміння, стратегії їх застосування в рішенні, аналізі позицій, викладених в окремих думках суддів;
- встановлено, що в мотивувальних частинах рішень Верховного Суду та Конституційного Суду України за замовчуванням присутні ознаки позитивістського праворозуміння, а у разі нечіткості правового регулювання або нестандартності справи в рішенні можуть наводитися аргументи із природно-правової традиції. У випадках подолання колізій, застосування аналогії, звернення до принципів права може мати місце як позитивістський чи природно-правовий, так і соціологічний підходи до розуміння права.

Удосконалено:

- наукову класифікацію напрямів англо-американського юридичного позитивізму як типу праворозуміння, зокрема їх співвідношення з непозитивістськими типами праворозуміння на прикладі англо-американських теоретиків та філософів права;
- розуміння філософсько-правового підґрунтя англо-американського юридичного позитивізму докласичного і класичного періодів шляхом демонстрації генези розвитку ідей суверена і суверенітету, утилітаризму, поділу права на чинне та ідеальне в працях філософів Нового Часу;

- розуміння впливу аналітичної філософії на англо-американський юридичний позитивізм сучасного і надсучасного періодів, що зумовлює зосередження на мовних аспектах права та застосовування сучасних методів аналітичної філософії (мисленнєві експерименти, модальні судження множинних світів тощо);
- розуміння різниці між підставами нормативності права Г. Гарта (правило визнання) і Г. Кельзена (засаднича норма). Якщо Г. Кельзен звертається до метафізичних джерел права в обґрунтуванні свого аналітичного (нормативного) правила визнання, то Г. Гарт пропонує визнати соціальну практику суб'єктів правозастосування у виді застосування норм права як підставу підкорення людьми праву. Соціальна поведінка суб'єкта правозастосування видається більш переконливою, аніж апріорі існуюча в кожному суспільстві Конституція (писана або неписана);
- критичні аргументи щодо позицій сучасного англо-американського юридичного позитивізму як з середини цієї правової традиції (наприклад, К. Хімма зсередини цієї теорії критикує заперечення Дж. Разом центральної ролі державного примусу в понятті права), так і непозитивістських підходів до праворозуміння, насамперед природно-правового (Л. Фуллер, Дж. Фінніс, Р. Дворкін, які вважають право не цілісною системою, що нездатна запобігти свавілля державної влади без моральної оцінки чинного права) та інших (Р. Алексі, який пропонує вийти за межі дихотомії позитивізм-природне право, прийнявши дуальну природу права, що близька до інклюзивного англо-американського юридичного позитивізму).

Викладені у дисертаційному дослідженні результати й положення, що становлять її новизну, *розроблені автором особисто*. Для аргументації окремих положень роботи використовувалися праці інших учених, на які

обов'язково зроблено посилання відповідно до принципів академічної доброчесності. Наукові ідеї та розробки, що належить авторам праць, опублікованих у співавторстві з дисертантом, у дисертації не використовувалися.

Апробація результатів дослідження

Тези, виступи на наукових конференціях

1. Крапивін Є.О. Л.Й. Петражицький та сучасний англо-американський юридичний позитивізм. VII Міжнародна науково-практична конференція «Соціологічні проблеми права» «Вплив ідей Л. Й. Петражицького на сучасну політико-правову доктрину (до 156 річчя від дня народження науковця». 13 квітня 2023 року. КНУ ім. Т. Шевченка. С. 81-84.
2. Крапивін Є.О. Пріоритезація, кримінальна політика і моральна філософія: перспективи в Україні. Науково-практичний круглий стіл на тему : «Пріоритети кримінального судочинства та відновлення справедливості в контексті російсько-українського збройного конфлікту». 23 вересня 2025 року. Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса. С. 104-107.
3. Крапивін Є.О. Праворозуміння Конституційного Суду України: природно-правове чи позитивістське? Науково-практична конференція «Загальнотеоретичне правознавство: перспективи розвитку». 5-6 грудня 2025 року. Національний університет «Києво-Могилянська академія».

Апробація результатів у нефармових джерелах (медіа)

1. 2 травня 2023 року опубліковано блог на тему «Джозеф Раз та його місце в філософії і теорії права (до річниці смерті)» у персональному блозі автора дослідження.
2. 30 вересня 2025 року опубліковано колонку на тему «Чи є рішення органів адвокатського самоврядування актами права: зауваги до рішення Конституційного Суду та окремих думок до нього» у виданні «Watchers.Media».

Апробація результатів у виступах на інших заходах

1. 8 травня 2024 року в Центрі соціології та кримінології права, в приміщенні Національного університету «Києво-Могилянська академія» відбулась публічна лекція «Яким є сучасний юридичний позитивізм? Англо-американські підходи».

Список опублікованих автором праць за темою дисертації

За результатами проведеного дослідження опубліковано 5 наукових статей у фахових наукових видання України. З них – три самостійні статті, дві – в співавторстві. А саме:

1. Крапивін Є.О. Основні ідеї праворозуміння Дж. Раза. Юридичний науковий електронний журнал. №8. 2023. С. 16-20.
2. Крапивін Є.О. Відмінність «інклюзивного» та «ексклюзивного» юридичного позитивізму в сучасній англо-американській юридичній науці. Юридичний науковий електронний журнал. №4. 2024. С. 42-46.
3. Крапивін Є.О., Малишев Б.В. Роль «правила визнання» Г. Гарта у сучасному англо-американському юридичному позитивізмі. Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. №84. 2024. С. 78-82.

4. Крапивін Є.О., Малишев Б.В. Роль примусу в праві (аналіз ідей Кеннета Хімми). Юридичний науковий електронний журнал. №12. 2024. С. 42-45.
5. Крапивін Є.О. Англо-американський юридичний позитивізм: періодизація, класифікація, автори та ключові ідеї. Аналітично-порівняльне правознавство. №6. Ч. 1. 2025. С. 86-91.

Структура та обсяг дисертації визначається метою і завданнями дослідження. робота складається зі вступу, трьох розділів, що містять дванадцять підрозділів, висновків до підрозділів, загальних висновків, одного додатку та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації становить 217 сторінок, з них 160 сторінок – основний текст, 24 сторінки – список використаних джерел (252 найменування), 2 сторінки – один додаток.

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СУЧАСНИХ ДОКТРИН ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ

1.1 Методологія дослідження сучасного англо-американського юридичного позитивізму

Право є необхідним соціальним регулятором поведінки для кожної людини (як у приватній, так і в публічній сфері). Дискусії стосовно змісту права, його ідеалу до якого прагне суспільство – чи то справедливого права чи такого, що відповідає засадам верховенства права – є темою численних наукових і практичних дискусій про те, яким право має бути. Як відомо, на це питання намагається відповісти не лише юридична наука, а й філософія, політологія, соціологія.

За умови широкого погляду на право можна знаходити міркування про нього в філософських теоріях ще давньогрецьких чи східних мислителів. Більш юридична опозиція право/закон сформувалась ще в римському праві, проте здебільшого як в філософських роботах того часу, так і юридичних, мова йде про політичні аспекти цього питання, різні підходи до визначення справедливості, співвідношення правил людського і божественного порядку тощо. Пізніше предмет цієї дискусії було звужено саме до юридичний правил поведінки – чим є чинне в суспільстві право *hic et nunc* (тут і зараз). Таке зосередження на чинному праві стає поширеним методологічним кроком вже в філософії та теорії права Нового часу.

Замість того щоб міркувати про належне право (яким воно має бути), часто можна побачити звернення до наявного стану права, тобто таким яким ми бачимо його у суспільстві. Такий підхід, в основі якого лежить погляд на право як соціальну конструкцію або домовленість є спільних для різних типів праворозуміння – від юридичного позитивізму до сучасних критичних теорій права (*critical legal studies*, що охоплює критику

колоніального погляду на право, феміністичну критику тощо). Проте вони мають спільну мету – виокремити суть права, як автономного явища.

Така спроба розглянути право окремо від інших споріднених феноменів і сфокусуватись на праві чинному, була здійснена філософами у XVII–XVIII ст. (Т. Гоббс, Ж. Боден, Дж. Бентам, Д. Г'юм). А поєднання їх ідей суверена і суверенітету, утилітаризму та поділ на право чинне та ідеальне, у XIX ст. постала класична формула юридичного позитивіста Дж. Остіна – «право є наказом суверена, забезпеченого санкцією» (law is a command of the sovereign, backed by sanctions) [102].

Таке визначення отримало назву «наказової/командної теорії» (command theory). Мова йде про різновид «етатистського» юридичного позитивізму, в якому є держава, що в особі суверена визначає право як наказ. Лише в сучасних інтерпретаціях сувереном є представницький виборний орган, а державний примус не ототожнюється винятково з фізичним примусом.

В тому чи іншому вигляді це визначення відтворюється і сьогодні, адже водночас відповідає на питання соціальних джерел права, його нормативності та загальнообов'язковості – всіх аспектів, що забезпечують успішність права як соціального регулятора порівняно з іншими, які знає суспільство, насамперед нормами моралі.

Таким чином Дж. Остін став класичним автором англо-американського юридичного позитивізму, адже на нього посилаються не лише юридичні позитивісти, а і теоретики права поза межами цієї традиції. Наприклад, Г. Кельзен (Німеччина), А. Мармор (Ізраїль) чи Є. Булігін (Аргентина) так само відштовхуються від формули Дж. Остіна. Тож далі варто окреслити межі англо-американського юридичного позитивізму серед всього юридичного позитивізму як типу праворозуміння.

У межах цього дисертаційного дослідження ми звертаємось саме до англо-американської теорії права і філософії права. Для позначення цих дисциплін в англomовних правових системах прийнято вживати різні терміни –

Philosophy of Law / Legal Philosophy / Jurisprudence / Theory of Law – які мають певні відмінності та залежно від традицій, інституцій, географічного положення вживаються дещо по-різному, проте загалом для цілей цього дослідження ми будемо використовувати їх як синонімами. Звісно, різниця між «юридичною філософією» (Legal Philosophy) та «загальною теорією права» (Jurisprudence) існує, проте відмінності не такі значні, а один і той самий автор може використовувати декілька дефініцій одночасно. Адже чітке розрізнення предметів загальної теорії права та філософії права, притаманне вітчизняній науці, відсутнє в англо-американській традиції.

За географічною ознакою фактором об'єднання для авторів, що розглядаються, є спільна історія, мова, система права та академічна традиція, що не в останню чергу обумовлено спадком Британської імперії (British Empire/British Dominion – крім Сполученого Королівства та США це також Канада, Ірландія, Австралія, Нова Зеландія та інші країни). Адже сьогодні під впливом англо-американської традиції права перебуває майже третина населення планети. Спочатку цьому сприяла світова експансія Британської імперії, на території якої виникло і розвивалося загальне право, а після XIX ст. посилення інтеграційних процесів в економічній, політичній та інших галузях ще більше сприяло зростанню ролі та впливу саме цієї системи права [71, С. 6]. Згодом окремі елементи англійського прецедентного (загального) права почали набувати популярності і в континентальній системі права – право ЄС, судова практика ЄСПЛ тощо.

Однією з центральних проблем англо-американської теорії права і філософії права є різні підходи до визначення природи права (nature of law) або концепції права (concept of law). В українській юридичній науці це прийнято називати проблемою «праворозуміння». Н. Пархоменко зазначає, що праворозуміння є процесом та результатом осмислення природи права, який здійснюється через визначення поняття та формування певної концепції права. Тож праворозуміння є центральною проблемою

правознавства, прагненням дати відповідь на питання «що таке право?» [52, С. 438]. Своєю чергою Г. Дубов стверджує, що «зазвичай тип праворозуміння визначається як певна узагальнена ідеологізована модель правового феномена, що відображає суттєві ознаки певної множини конкретних правових уявлень та понять, які, у свою чергу, відповідають цій моделі як взірцю. Тобто саме в понятті праворозуміння втілюється певний образ дійсності (у цьому випадку права, як її частини), використовуваний у процесі пізнання юридичних явищ. Саме тип праворозуміння визначає парадигму юридичного пізнання, власний науково-правовий зміст, предмет та метод відповідного вчення про право» [27, С. 97]. На наш погляд концепція права (the concept of law) в англо-американській юридичній науці загалом відповідає на те саме коло питань. Адже саме з нього починається значна кількість теоретичних робіт. Так само і в українській юридичній науці, де за словами Г. Дубова «на самому початку процесу пізнання певного аспекту правової дійсності дослідник має відповісти на питання, що є право. Отже, у межах одного дослідження може бути поєднано пізнання правового явища одночасно із різних онтологічних позицій, наприклад, виходячи із характеристик, які надають правовій дійсності школа природного права та юридичний позитивізм» [28, С. 240].

Отже, в обох наукових традиціях зазначається про різні концепції права або типи праворозуміння, а саме: юридико-позитивістський (юспозитивізм), природно-правовий (юснатуралістичний), соціологічний (правовий реалізм), феноменологічний, комунікативний, інтегративні та інші типи праворозуміння (М. Козюбра [25, С. 33], С. Максимов [44] та ін.). При цьому перші три часто визначається як «класичні», а подальші – «некласичні», з чим загалом можна погодитись. Причина полягає в тому, що теорії позитивного, природного і фактичного (реалізм) права існували і до ХХ ст., а сучасні критичні теорії, феноменологічні, психологічні та інші тісно пов'язані з розвитком сучасної філософії. Хоча справедливо

зауважити, що українські науковці ще в XIX ст. розвивали ідеї інтегративного спрямування. Так, Н. Пархоменко і Т. Тарахонич зазначають, що «Є.В. Спекторський, так само як і Б.О. Кістяківський, на відміну від прихильників юридичного позитивізму, намагався створити синтетичний метод дослідження права, поєднати юридичний догматизм із соціологічним підходом; пропонував створити «гносеологічну юриспруденцію» як теорію юридичного пізнання» [52, С. 436]. Водночас саме такий поділ є найбільш вживаний у науковій літературі. Проте можна знайти поділ типів праворозуміння за іншими класифікаціями, наприклад, як об'єктивне і суб'єктивне право, право реальне та ідеальне, позитивне право (статичне) та позитивне право (динамічне) (П.М. Рабінович, Н. Пархоменко) [63] [52, С. 44] тощо.

Самі терміни «позитивізм» та «позитивне право» зазвичай по-різному сприймаються залежно від обраної філософської бази дослідника. Термін «позитивне» має подвійне значення, перше з яких стосується позитивізму як загальної течії у філософії (епістемологічний науковий позитивізм – О. Конт), а друге стосується історії права, насамперед римського (поділ на *ius* (право) та *lex* (закон)) [115]. При цьому закон є правом «установленим» (*ius positum*). Таким чином у першому значенні «позитивний» є просто синонімом наукового, а позитивізм як філософський напрям під науковим знанням розуміє таке, що здобуто за допомогою емпіричних методів дослідження, насамперед наукового експерименту. А друге значення – право позитивне є правом встановленим, тобто чинним правом, таким, що існує в конкретному суспільстві. Тож юридичний позитивізм як тип праворозуміння має справу з позитивізмом у його другому філософського-правовому значенні. Як зазначає Т. Дідич позитивність права полягає в тому, що воно твориться в реальному житті й має виключно загальнообов'язковий формально виражений характер, а такий характер праву можна надати лише за умови належної розумової діяльності з

творення права [25, С. 71]. Така діяльність притаманна виключно людині та її розумовим здібностям. Англо-американський юридичний позитивізм називає це право як соціальна конвенція (домовленість) про правила поведінки у суспільстві.

При цьому, якщо порівнювати юридичний позитивізм з іншими типами праворозуміння, то його можна назвати точкою відліку для всіх інших типів праворозуміння. На наш погляд, без юридичного позитивізму інші типи праворозуміння втратили б здатність існувати самі по собі або побудувати правову систему, не спираючись на позитивістський підхід до конструювання правових норм. Звісно, право розвивалось від конкретного до загального, тобто від формулювання правил в окремих спорах, які розв'язували громади до абстрактних норм, розроблених на підставі практики розв'язання цих спорів, що стали правом позитивним.

З огляду на це *sensu lato* (в широкому сенсі) можна говорити про природно-правову теорію як найпершу, проте це буде значною умовністю, адже для того, щоб осмислити різницю між мораллю і правом та роллю юридизованих моральних норм, необхідно спочатку усвідомити, що є чинним, позитивним правом. З огляду на це питання першості позитивізму та природного права позбавлене сенсу та радше нагадує невирішувану «chicken-egg» проблему, де в умовах взаємозалежності явищ неможливо визначити, що є первинним, а що похідним. Але якщо сьогодні відкинути питання першості, то можна констатувати, що правники мають справу насамперед з правом чинним, а вже у разі наявності складних справ (*hard cases*) починають розмірковувати над можливістю виходу за його межі. В більшості ж правових ситуацій – таке питання не постає, адже приписи чинного права є чіткими і однозначними, узгодження людиною своєї поведінки з ними не викликає проблем.

Водночас юридичний позитивізм – це термін, пов'язаний з дуже широким спектром теорій. На рівні «позитивності» права існують різні аспекти, які є

предметом розгляду юридичних позитивістів: деякі зосереджуються на відокремленні права і моралі; деякі зосереджені на текстуальних та/або нормативно-правових якостях права з причин, що виходять за межі або стоять осторонь від тези про відокремлюваність; деякі предметом розгляду обирають право як особливу інституцію та її інституційні характеристики, а деякі більше філософським вимірам суб'єктів правозастосування – етичною автономією різних юридичних професійних ролей, таких як суддівство. А на рівні того, що вони вважають позитивною цінністю або функцією права для законності або верховенства права, деякі позитивістські теоретики зосереджені на можливостях права забезпечити мир і безпеку в суспільстві. Деякі юридичні позитивісти розглядають передбачуваність права (та інші цінності, пов'язані з нею, такими як утилітарна теорія процвітання або автономія права Ф. Гаєка). Врешті інші автори досліджують феномен контролю з боку влади, демократії і права або політичні зобов'язання та/або легітимність, умови соціальної координації (Дж. Валдрон) [196, Р. 432-433].

Дослідити англо-американський юридичний позитивізм крізь призму кожного з цих елементів в межах дисертації на здобуття наукового ступеня доктора філософії у галузі права неможливо, на наш погляд, навіть і в межах докторської дисертації цього б не вдалось. Тож варто і для себе обрати певні складові, які стануть предметом дослідження, визначити оптику крізь яку буде здійснено погляд на сучасний англо-американський юридичний позитивізм.

Зважаючи на обмежений обсяг цього дослідження зосередимося на *трьох* складових юридичного позитивізму, які найсуттєвіше відрізняють його від інших типів праворозуміння і стосуються саме юриспруденції теорії права, а не інших суспільних наук – політичної науки, соціології чи інших. Мова йде про:

1) *ідея про відсутність взаємозв'язку права і моралі* – за загальним правилом для юридичних позитивістів «не існує необхідного (обов'язкового) зв'язку між правом і мораллю». За словами С. Шاپіро в юридичному позитивізмі *чинне право, тобто позитивне право, відокремлене від моралі* – воно дистанціюється від будь-якого моралістичного, метафізичного, спекулятивного розуміння права і визначає право лише шляхом зосередження на чинному, фактичному, передбаченому законом «установленому» (*ius positum*) праві. Таким чином питання нормативної правильності, «істинності», відповідності «ідеальному праву» відкидається [188]. Для юридичного позитивізму право є *морально-нейтральним соціальним регулятором*, радше інструментом раціоналізації поведінки людини в суспільстві, аніж якась метафізична категорія, яка має походження з-поза людського розуму. При цьому зв'язок права і моралі не завжди відсутній (або навіть здебільшого відсутній, якщо дивитись на сучасні правові системи), він лише не наявний необхідно, тобто не обумовлений природою правових норм та може як існувати, так і не існувати в конкретній правовій системі. Іншими словами, як зазначає С.В. Бобровник, позитивістська концепція праворозуміння розглядає право як механічну, інструментальну конструкцію, для якої законним є будь-яке заперечення моральних норм, традицій, законів природи та ін., якщо це ухвалюється державою [8, С. 157];

2) *поняття права*, що включає в себе соціальний теза, тобто соціальне походження права – від представницького органу державної влади відповідного суспільства у встановленому і підтримуваному суспільством порядку. При цьому лише позитивне право є чинним правом («*law as it is*» («як воно є» на противагу ідеальному праву – «*law as it ought to be*» («як воно має бути»)), застосовуючи філософську термінологію Д. Г'юма), і лише перше може бути предметом наукового дослідження, адже право є

нейтральним щодо цінностей і дослідник не має розмірковувати про ідеальне право, а розглядати його таким, яким воно є;

3) *державний примус в праві*, що є умовою дієвості права і передбачає можливість застосування санкцій (заходів державного примусу) як демаркаційної лінії, що насамперед відмежовує право від інших соціальних регуляторів, зокрема норм моралі чи релігії, що мають спільне з правом аксіологічне коріння.

При цьому висхідним аргументом на користь юридичного позитивізму для авторів англо-американських доктрин є саме *відокремленість права і моралі*. Теза про відокремленість/відокремлення права від моралі, поділ на інклюзивний (м'який) та ексклюзивний (жорсткий) англо-американський юридичний позитивізм, питання позанормативних джерел права, юридизації моральних норм – всі вони зосереджені в першу чергу на питанні відокремленості права від моралі, його «очищення» від зайвих, на їх думку, нашарувань. З огляду на це, питання соціальних джерел права, його існування як соціальної конвенції (домовленості) в суспільстві чи застосування державного примусу для того, щоб люди підкорювались вимогам права, – всі ці питання є похідними від того, що право і мораль відокремлені.

Такий суттєвий акцент є наслідком раціонального та емпіричного підходу до пізнання права, що сформувалось у XIX ст. Спроба Дж. Остіна звести право до наказів суверена (держави), забезпечених санкцією, тобто виключити будь-які натяки на мораль, вважалось тоді прогресивною епістемічною спробою виокремити найбільш суттєве в праві – певні прескриптивні норми, які слугують справі досягнення загального блага. Але на початку XX ст. такий вузький підхід зазнав репутаційної поразки – жах «нацистського» чи «радянського» права продемонстрував, що право без зв'язку із мораллю може стати інструментом масового фізичного знищення людей і навіть цілих етносів і народів. Відродження природного права після

Другої світової війни, зокрема відновлення томістської тези про те, що «несправедливий закон не є правом» (а словами Г. Радбруха «*критично* несправедливий закон не є правом» [174]) уможливив ставлення до моралі як критерію, що йде позитивному праву на користь і дозволяє запобігти сваволі законодавця, який може надати силу праву будь-якому своєму бажанню.

Виникає питання чому ж тоді юридичні позитивісти продовжують наполягати на відсутності необхідного зв'язку між правом і мораллю? Чому мораль для них є радше негативною характеристикою відносно права? Відповідь в тому, що англо-американський юридичний позитивізм має скептичний погляд стосовно моральних цінностей в суспільстві. Вони вважають, що суспільна мораль не є бездоганною, адже включає і норми політичної моралі, і інтереси груп суспільства, і ставлення до екзистенційних питань добра і зла.

Адже мораль може бути відносною (релятивною), залежати від поглядів панівних груп в суспільстві, мінливих масових настроїв тощо. Як зазначає Дж. Летсас «в руках авторитарних систем або релігійно консервативної громади мораль може мати руйнівний ефект. Абсолютизація такого підходу може мати наслідком так звані «трибунали суспільної моралі» (Legislative Morality), що полягають у підміні позитивного права моральними уявленнями окремого судді в кожній конкретній справі» [125]. Дійсно, за такої логіки мораль може призводити до самосуду або принаймні шкодити праву в ім'я добрих намірів, на кшталт «революційної доцільності» чи «расової чистоти», що ми бачили у більшовицькому та нацистському режимах у XX ст. відповідно.

Дійсно, таких випадків в історії можна знайти чимало. За словами Д. Дейзенгауса «жоден прихильник природного права не може заперечувати історичний факт, що правові системи чинили зло в ім'я природного права та природних прав» [182]. Так, Т. Аквінський захищав спалювання єретиків

і вірив у відмінну від чоловічої природу жінок [116, Р. 83]. Консервативні судді, яких зневажав Дж. Бентам, стверджували, що їхні рішення, а також загалом загальне право, відображають природні принципи, хоча за змістом тогочасне право навряд можна назвати гуманним і справедливим. Г. Кельзен стверджував, що ідеї природного права історично пов'язані з абсолютистськими урядами і мають до них спорідненість: «Якщо хтось вірить в існування абсолюту, а отже, в абсолютні цінності, в абсолютне добро... чи не безглуздо дозволяти більшості голосів вирішувати, що є політично добрим?» [155, Р. 906,913] і загалом не існує ніякої «Великої Моралі», вимогами якої керувалось б суспільство [28, С. 81-82]. У середині ХХ ст. П. Девлін у дебатах з Г. Гартом активно посилався на мораль саме в підтримку консервативних аргументів на підтримку криміналізації гомосексуальних стосунків [118].

Тобто якщо не існує однієї моралі, а вона завжди плинна і залежить від суспільних настроїв, то чому вона має ставати частиною права, характеристикою якого навпаки має бути стабільність і передбачуваність. Проте, на наш погляд, цей аргумент Г. Гарта не враховує універсальність моральних норм, які мають значення для всіх людей незалежно від суспільства, яким вони наразі є. Натомість несприятелі права говорять не про *будь-які* моральні норми, яких дійсно багато в суспільстві, а про *універсальні*, загальнолюдські. Наведені приклади слушні для розуміння політичної чи релігійної моралі, проте лише авторитарні владні режими можуть вимагати їхньої загальнобов'язковості і як наслідок ті крайні ситуації, про які говорять критики юридичного позитивізму.

Справа в тому, що правові норми завжди є певним консенсусом суспільстві, що узгоджує різні позиції на користь найбільш оптимальної, універсальної. Рівність, свобода чи недискримінація – можуть бути консенсусом в суспільстві. Натомість апартеїд, дискримінація чи смертна кара для

окремих груп населення – чому навряд чи зможе запобігти позитивістських погляд на право, адже сучасні правові системи містять запобіжники у виді універсальних прав людини та засад верховенства права, що ґрунтуються на процедурні моралі або «моральності права» (Л. Фуллер).

Але це не означає, що всі юридичні позитивісти сприймають мораль як дещо негативне, це радше погляд окремих течій, які отримали назву *ексклюзивного* юридичного позитивізму, тобто такого, що виключає мораль з поняття права. Натомість сучасні юридичні позитивісти все більше допускають в себе елементи моральних норм, що буде продемонстровано при аналізі *інклюзивного* юридичного позитивізму.

Хоча це не єдиний шлях, інколи це питання просто виносять за межі предмету розгляду, звертаючись до теорій моралі, що заперечують її універсальний характер, на кшталт етичного скептицизму або до суб'єктивних теорій моральної філософії, зокрема емотивізму (emotivism), відповідно до якого моральні факти не мають логічного значення, не можуть вважатися абсолютно істинними або хибними, оскільки не описують будь-яких фактів і не дають ніякої інформації про світ (є лише способом вираження емоцій). Схожі аргументи висловлюються з антикогнітивної позиції етичного скептицизму – норма права не може бути ні правильною, ні хибною [114, Р. 263-281], бо моральні категорії оцінювання до неї не застосовні. Незалежно від стратегії, яку обирають такі юридичні позитивісти, на наш погляд, їм не вдається уникнути повного розмежування права і моралі.

Практичне ж значення відповіді на це питання полягає в тому чи може суб'єкт правозастосування (найчастіше – суддя) вийти за межі чинної (позитивної) норми права. Інклюзивні позитивісти дають схвальну відповідь, проте як виняток з правила, адже за загальним правилом право є морально-нейтральним. Але якщо вже законодавець ухвалив такі прескриптивні норми, що посягають на життя людини, то виняток можна

застосувати. Ексклюзивні ж позитивісти з цим не згодні – звісно, приписи права можуть бути поганими, недолугими, проте відмовити їм в онтологічному статусі права неможливо. Інше питання, що вони шукають відповідь на питання нормативності права в інших прикладах – координуючих нормах, які дозволяють членам суспільства задовольняти свої потреби, тобто з позицій ефективності правового регулювання.

Що ж стосується релятивістів та скептиків, то їх позиція зазвичай є ексклюзивною за своїм змістом або просто виходить за межі юридичного позитивізму в бік правового реалізму (соціологічного типу праворозуміння). Як зазначає Г. Дубов у XX ст. правовий реалізм або соціологічний тип праворозуміння «почав відходити від уявлень про абсолютну визначеність і передбачуваність права, успадкованих від класичної механіки» [29, С. 272]. Під «механістичним» поглядом на юриспруденцію американський соціолог права Р. Паунд розумів підхід, відповідно до якого суддя як автомат застосовує правові факти до норм права, незважаючи на справедливість і соціальні наслідки [183]. До цього можна лише додати, що правовий реалізм має спільний з юридичним позитивізмом теза – соціальний, адже обидва підходи визнають, що право це результат суспільної домовленості. Водночас правовий реалізм не цікавить питання моралі і права, адже він досліджує не нормативні системи, а право як явище суспільного життя.

Отже, надалі в роботі кожній з цих стратегій буде присвячено детальну увагу – від аналізу ідей юридичних позитивістів, які їх сформулювали та генезису таких ідей в межах цієї правової традиції до критики з боку опонентів в межах цієї ж традиції, насамперед прихильників англо-американського юснатуралізму. При цьому ми усвідомлюємо, що англо-американський юридичний позитивізм є об'єктом критики не лише з позиції юснатуралізму, а з усіх непозитивістських позицій – також правового реалізму, психологічної теорії, феноменологічної, економічної

тощо. Проте за браком місця в цьому дослідженні всі підходи дослідити неможливо. Хоча справедливо зауважити, що саме природно-правова критика є найбільш жорсткою, адже прямо відмовляє чинному закону в статусі правового, що має практичні наслідки його невиконання (порушення).

Також перед тим як перейти безпосередньо до англо-американського юридичного позитивізму варто коротко охарактеризувати *стан розробки* цієї теми у вітчизняній юридичній науці. Адже як зазначалось у вступі існує низка праць щодо англо-американського права, зокрема юридичного позитивізму. Необхідно зрозуміти які аспекти вже були досліджені і на що варто звернути увагу в цьому дослідженні, щоб уникнути повторень.

Так, Г.А. Вдовина досліджувала англо-саксонську філософію права ХХ ст. [9], зокрема різні типу праворозуміння – правовий реалізм (авторка робить акцент на філософському вимірі – правовому прагматизмі), юридичний позитивізм, теорії природного права, критичних правових теорій тощо. Перше, що збиває з пантелику це відмінність термінології, яку застосовує авторка у своїй роботі. В умовах меншої кількості перекладів українською, доступності текстів англійською мовою та розвитку ідей у вітчизняній науці, що мало місце 20 років тому, вживаються такі терміни як:

- «англо-саксонський» (термін поширений в радянській науці, що спирається на наукову термінологію ХІХ ст., сьогодні повністю замінений на «англо-американський»);
- вживання імен «Дж. Рац» (хибний переклад прізвища Дж. Раза поширений в російській та німецькій літературі, з огляду на запозичення першими ідей других, фонетика яких зобов'язує прочитання літери «з» як «ц», проте не має застосовуватись до прізвища Зальцман, що є складовою псевдоніма «Раз»), «Г. Харт» (а не Г. Гарт), «Дж. Ролс» (а не Дж. Ролз) тощо;

- поділ юридичного позитивізму на «класичний» та «неопозитивізм» (наразі як в англо-американській науці, так і вітчизняній прийнято вести мову про «сучасний» юридичний позитивізм);

- тощо.

Якщо дивитись на виклад юридичного позитивізму змістовно, то варто зауважити, що ідеї сучасного юридичного позитивізму (в термінології Г.А. Вдовиної – «неопозитивізму») обмежені лише Г. Гартом та маловідомим американським позитивістом Л. Уайнребом (Lloyd L. Weinreb). При цьому визначено саме цих авторів, враховуючи, що на час написання дисертації Дж. Раз уже написав ключові праці – незрозуміло. З огляду на це ідеї інклюзивного юридичного позитивізму та їх наближеність до теорії природного права принаймні представлені в роботі, а ідеї ексклюзивного юридичного позитивізму – зовсім не представлені.

Проте окремі висловлювання (як і список джерел) дозволяють зробити висновок, що при викладенні ідей Г. Гарта береться до уваги лише перше видання «Концепція права» (The Concept of Law) 1961 року. Адже вислів «позитивісти ж обмежують правозастосовну діяльність судді буквою закону» (на противагу «прибічникам природного права, які застосовують судові принципи») [9, С. 34] дозволяє зробити висновок, що визнання Г. Гартом принципів права поряд з правилами первинного і вторинного порядку, не відображено в цій науковій роботі.

Також всі джерела англійською подаються через переклади російською мовою або цитуванням російських авторів. З огляду на це можна зробити висновок, що авторка мала змогу працювати лише з тими джерелами, які були введені в обіг російської юридичної науки. Цим пояснюється обмеженість матеріалу, який використано для характеристики позиції сучасного англо-американського юридичного позитивізму. Безперечно ця робота дає базове уявлення про періоди формування англо-американського

юридичного позитивізму, а також місце Г. Гарта в сучасній науці, проте не більше.

Р.П. Луцький досліджував теоретико-правові засади формування сучасного позитивного права [40] [41], зокрема генезу формування юридичного позитивізму у Західній Європі, що детально роз'яснює філософсько-правове підґрунтя цього типу праворозуміння. Класичний англо-американський юридичний позитивізм представлений детальним аналізом поглядів Дж. Остіна з відповідною критикою обмеженості юридичного позитивізму стосовно широкого кола явищ суспільного життя. Сучасний англо-американський юридичний позитивізм представлений Г. Гартом (проаналізовано перехід від етатистського погляду на право до соціальний засад його функціонування, що визнаються державою), а також згадано поділ на інклюзивний та ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм [40, С. 112-113, 147].

застосування насильства, а соціальні засади, що визнаються державою. Водночас автор зазначає, що предметом його аналізу є національні традиції розуміння сутності позитивного права крізь призму теорії позитивізму. А з цієї позиції іноземні підходи, включно з англо-американським, отримали своє відображення в теоретичних основах національного розуміння сутності позитивного права [40, С. 115]. На наш погляд, таке зауваження є правильним з огляду на перелік тих авторів, які досліджує Р.П. Луцький. Водночас ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм, зокрема ідеї Дж. Раза, а тим паче ідеї надсучасного періоду англо-американського юридичного позитивізму не представлені, що створює обмежене уявлення про ці теорії юридичного позитивізму у Великій Британії та США.

Ю.В. Цуркан-Сайфуліна досліджувала зв'язок влади і права у концепціях юридичного позитивізму [85]. Вона підкреслює важливу роль цього типу праворозуміння, адже саме юридичний позитивізм, мабуть, єдиний серед

усіх типів праворозуміння, відповідає критеріям наукової раціональності, хоча б тому, що має у своїй структурі внутрішню «опозицію» у вигляді критичних правових досліджень [85, С. 179]. Сучасний англо-американський позитивізм авторка називає «новим» позитивізмом. З огляду на предмет дисертації в ній детально досліджено «правило визнання» Г. Гарта як підставу дієвості права в суспільстві шляхом наявності соціальної практики суб'єктів правозастосування. Крім того досліджено роль державного примусу в праві, а цей аспект майже не представлено в інших вітчизняних роботах. Зокрема погоджуємось з висновком, відповідно до якого «наявність у змісті права санкцій не робить його примусовим автоматично, оскільки санкції мають бути застосовані, а процес застосування права лежить за межею власне права у вузькому сенсі. У цьому ракурсі аналітична філософія права робить поворот до визнання власної сили права як такого, безвідносно до існування міцної та ефективної інституційної системи» [85, С. 194]. Такий висновок слушно характеризує ставлення ексклюзивного юридичного позитивізму до ролі державного примусу в праві. Також у цій роботі здійснено аналіз ідей Дж. Раза щодо витіснення засобами юридичної аргументації позаправових суджень, за рахунок чого досягається самолегітимність права [85, С. 281-286].

Зважаючи на те, що зазвичай у вітчизняній науці Дж. Раз лише згадується у переліку юридичних позитивістів без аналізу його ідей, в цій роботі Ю.В. Цуркан-Сайфуліна безперечно представила ідеї ексклюзивного юридичного позитивізму, зокрема шляхом їх аналізу. Водночас цій роботі не вистачає більш детального аналізу інших ідей Дж. Раза, зокрема його мисленнєвих експериментів щодо ролі державного примусу або ідеї «авторитету права». Проте авторка і не ставила такої мети, тож можемо лише констатувати факт недостатнього представлення ідей ексклюзивного юридичного позитивізму, щоб читач міг самостійно скласти уявлення про

переконливість (аргументованість) цієї течії в позитивістському типі праворозуміння.

В. Середюк та О. Богдан писали про нормативність права в юридичному позитивізмі [72] [73] [74]. Погоджуємось, що для дослідження проблеми нормативності права, яке полягає в питанні: «чому право має силу, чому ми маємо коритися праву, чому воно має значення для нас?», важливим є вивчення ідей англо-американського юридичного позитивізму, в якому це питання є одним із найбільш часто згадуваних. При чому широта відповідей на нього охоплює як деонтологічні (право є цінним саме по собі), так і недеонтологічні (страх, вигода, державний примус тощо) підходи. У статті досліджено погляди на нормативність права Г. Гарта та Дж. Раза. При чому роз'яснено концепцію «авторитету права» або «претензії на авторитет права» Дж. Раза, що до цього було зроблено лише у статті [36] автора цього дисертаційного дослідження. При цьому «правило визнання» Г. Гарта слушно порівнюється з «засадничою нормою» (Gründnorm) Г. Кельзена (більш детально концепції нормативності права Г. Кельзена присвячено окрему публікацію [73]). Зокрема робиться висновок, що «використання різних методологій Г. Кельзенем та Г. Гартом в обґрунтуванні нормативності права з точки зору юридично позитивізму: неокантіанства та герменевтики, а також логічного та соціологічного підходів відповідно» [72, С. 338]. Схожі висновки сформульовані у статті [37] автора дисертаційного дослідження, зокрема з посиланням на Р. Алексі, який вдало розрізняє ці методології як «аналітичну» та «емпіричну» [92, Р. 116-124]. Також В. Середюк та О. Богдан порівняли джерела нормативності в українській та західній філософії та теорії права, зокрема зробивши висновок, що «методологічна невідповідність між теорією та філософією права призводить до концептуальної плутанини в українському правознавстві та унеможлиблює вироблення цілісного бачення природи права, його зобов'язальності та легітимності» [74, С. 17]. Такі висновки

корисні для подальшого розуміння наукової новизни цього дисертаційного дослідження, адже воно дає вичерпну відповідь стосовно джерел нормативності права у сучасних теоріях англо-американського юридичного позитивізму, що утворює достатню базу для подальшого порівняння українських та західних теорій права.

Б.В. Малишев писав про окремі ідеї Г. Гарта та перспективи м'якого позитивізму [46]. Зокрема він зазначає, що подальший розвиток теорії права полягає в органічному поєднанні життєво важливих і практично значущих положень теорії природного і позитивного права, у послідовному наповненні змісту позитивного права духом і принципами природного права. При цьому кінцевим результатом подібного синтезу в недалекому майбутньому може стати теорія «м'якого позитивізму», оскільки право є єдністю відображених позитивізмом і природно-правовими концепціями його сторін [46, С. 183]. Погоджуємось з такою оцінкою та переконані, що це «недалеке майбутнє» уже близько або частково вже має місце. В іншій роботі він уточнює, що «лише методологічно вивірена консолідація сильних сторін позитивізму та юснатуралізму призведе до отримання кумулятивного ефекту, що полягатиме у більш повному розкритті природи права. Наша впевненість у тому, що смисл права найбільш повно може бути відображений у рамках творчого синтезу саме позитивізму та юснатуралізму, базується, зокрема, й на тому, що лише ці дві концепції кваліфікують право в якості об'єктивного явища зі сфери належного» [45, С. 152]. Ця цитата дозволяє чітко зрозуміти яку програмну мету ставить перед собою автор, тому предметом його дослідження є саме інклюзивний англо-американський юридичний позитивізм, що уможливорює конвергенцію з неопозитивістськими типами праворозуміння.

Водночас маємо не погодитись із загальним висновком стосовно того, що такі погляди м'якого юридичного позитивізму відображають позицію всього англо-американського юридичного позитивізму. Так, Б.В. Малишев

зазначає, що «серед позитивістів вже ніхто не заперечує морального аспекту в змісті права, при цьому ними беззастережно поділяються ліберальні цінності» [46, С. 183]. При цьому для характеристики ідей жорсткого юридичного позитивізму автор посиляється лише на ідеї Дж. Остіна, а самими характеристиками називає ідею внутрішньої легітимації права, згідно з якою праву слід підкорятися з огляду на його властивості та державний примус, який здійснюється на підставі самих норм права [46, С. 185]. Такий погляд є занадто вузьким і не враховує ідеї ключового автора цієї течії – Дж. Раза, який має протилежний погляд на примус в праві. Зрозуміло, що Б.В. Малишев дивиться крізь призму саме інклюзивного юридичного позитивізму, проте це виключає позицію ексклюзивного юридичного позитивізму та є недостатньо точною характеристикою позиції цього типу праворозуміння.

О.С. Гримайло коротко проаналізувала ідею «витіснення [моральних норм] правом» Дж. Раза [16], що зумовлено наявністю українського перекладу однієї книги цього автора [66], присвяченому більш політичним питанням свободи, аніж праву. Схожу думку щодо «витіснення» моралі правом можна знайти в українських вчених *Т. Подковенко* та *А. Романів*. Вони зазначаються, що спроба закріплення «природних прав» переводить це питання у площину юридичного позитивізму, адже їхнє визнання залежатиме від волі законодавця, у зв'язку з чим держава, а не факт природного походження, стає їхнім джерелом [56, С. 23]. Таким чином у розрізнених статтях та окремих дисертаціях можна знайти аналіз концепцій «авторитету права», «витіснення правом», ролі державного примусу в праві Дж. Раза як представника ексклюзивного юридичного позитивізму. Проте бракує ґрунтового аналізу ідей цього автора та подальшого їх розвитку в теоріях надсучасного періоду юридичного позитивізму, а також критики в межах англо-американської юридичної науки.

Якщо ж вести мову не про дисертації та наукові статті, а рівень практичного застосування, зокрема в межах навчання майбутніх правників, то варто звернути уваги на *навчальну літературу* (підручники, навчальні посібники, конспекти та схеми тощо). Так, в навчальній літературі з дисципліни теорії права, загальної теорії права, філософії права ідеї сучасного юридичного позитивізму зазвичай обмежені Дж. Остіним та Г. Кельзенем [39] [82] [79]. Лише в декількох підручниках останніх років можна знайти згадку про Г. Гарта, Дж. Коулмана, поділ на інклюзивний та ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм тощо [24] [25] [26]. Проте ні Дж. Раз, ні більш сучасні автори, які досліджуються в цій дисертації (К. Хімма, С. Шاپіро та інші) в навчальній літературі не представлені. Водночас якщо дивитись на ситуацію хронологічно, то такі непозитивістські сучасники Дж. Раза як Р. Дворкін, Дж. Фінніс, Л. Фуллер зазвичай представлені, що пояснюється наявністю перекладів українською мовою (подекуди, на жаль, і російською). Понад те, подекуди юридичний позитивізм подано у винятково негативному ключі, наприклад, шляхом ототожнення лише з одним автором – радянським прокурором і дипломатом А. Вишинським [81, С. 142-143] чи згадкою про їх розвиток К. Марксом та Ф. Енгельсом [80, С. 43], що переписується з радянських підручників.

Висновки до підрозділу 1.1

1. Термін «позитивне» в науці має подвійне значення, перше з яких відноситься до позитивізму як напрями філософії, а друге стосується права, яке розглядається окремо від інших соціальних аспектів, що вивчаються політологією, соціологією тощо. Так, відповідно до підходів до позитивізму, який емпіричним шляхом досліджує явища зовнішнього світу, правом є лише те право, що можна спостерігати, описувати та аналізувати. Тобто чинне право, а не право до якого ми прагнемо.

2. Для юридичного позитивізму право є морально-нейтральним соціальним регулятором, радше інструментом раціоналізації поведінки людини в суспільстві, аніж якась метафізична категорія, яка має походження з-поза людського розуму. Звернення до моралі, особливо політичної моралі, може мати негативний характер і бути виправданням для негативних соціальних практик більшості населення. Саме тому англо-американський юридичний позитивізм часто стоїть на морально-нейтральних, інструментальних позиціях.

3. Подекуди певні течії допускають моральні норми як правові щодо окремих питань (м'який позитивізм), водночас інші повністю їх виключають за будь-яких умов (жорсткий позитивізм). Співвідношення моралі і права фактично є центральним питанням в межах цього типу праворозуміння. При цьому, вважаємо, що юридичні позитивісти переоцінюють потенційний шкідливий вплив моралі, нехтуючи вимогами універсальності права в сучасних непозитивістських теоріях права.

4. Будь-яка течія юридичного позитивізму має центральним питанням природу права, що безумовно включає питання про джерела права, їх походження, взаємозв'язок з іншими соціальними регуляторами, насамперед мораллю. Водночас будь-яка теорія юридичного позитивізму має знайти відповідь на такі три блоки питань: 1) щодо взаємозв'язку моралі і права; 2) щодо поняття права – джерел його нормативності; 3) щодо державного примусу в праві як інструменту гарантування дотримання його суспільством.

5. У вітчизняній юридичній науці достатньо досліджено класичний англо-американський юридичний позитивізм – погляди Дж. Остіна. При цьому Г. Гарт та м'який англо-американський юридичний позитивізм також розглянути доволі детально в дисертаційних дослідженнях останніх років. Набагато менше проаналізовано погляди Дж. Раза та ексклюзивних юридичних позитивістів, хоча окремі концепції на кшталт «авторитету

права» чи «витіснення правом» досліджувались. Проте більш сучасні автори не зустрічаються, що радше за все пов'язано з відсутністю перекладів текстів українською мовою. Якщо ж дивитись на навчальну літературу – то часто позитивізм обмежується Г. Кельзенем, а в кращому випадку згадується Г. Гарт та м'який англо-американський юридичний позитивізм. Жорсткий позитивізм не представлений взагалі.

1.2 Основні етапи розвитку доктрини сучасного англо-американського юридичного позитивізму

Англо-американський юридичний позитивізм є складовою англо-американської юриспруденції та найчастіше супроводжуються такою характеристикою як «аналітичний». В англomовній юридичній науці (Anglophone Jurisprudence) вживаються такі терміни як «англо-американська аналітична філософія права» або «аналітична юриспруденція». Це пов'язано із характерним впливом лінгвістичної філософії першої половини XX століття та впливовістю ідей філософа Дж. Л. Остіна у 1950-х роках в Оксфордському університеті та їх впливом на Г. Гарта, який був обраний на посаду професора у 1952 році. В науковій літературі з 1970-х років вважається, що саме аналітичний підхід до юриспруденції «переміг» [161, Р. 15], а Г. Гарт став беззаперечним авторитетом у цій галузі. Тому саме з його іменем пов'язують початок «сучасного» періоду англо-американського юридичного позитивізму. З огляду на поширений вплив ідей аналітичної філософії того часу часто вживалось формулювання саме «аналітичний юридичний позитивізм», проте з часом їх вплив вщухав, тому характеристика «аналітичний» до юридичного позитивізму сьогодні майже не застосовується. Водночас як філософське підґрунтя аналітична філософія має вплив і досі.

Тому спершу необхідно визначити зв'язок аналітичної філософії права з аналітичною філософією в цілому. Філософ Х. Патнем виокремлює такі ключові ознаки аналітичної філософії:

- 1) аналітична філософія не є ідеологічною, що означає, перш за все, що вона не є політичною і не є моралізаторською (*non-moralizing*) (тобто зосереджена на описових (дескриптивних) судженнях, а не нормативних – не оцінює явища дійсності, а описує їх, зокрема з акцентом на лінгвістичні практики в суспільстві – *прим. моя. Є.К.*);
- 2) аналітична філософія полягає у вирішенні проблем по частинах. Аналітичні філософи не обов'язково мають однакові погляди;
- 3) аналітична філософія довгий час вважала теорію цінностей «темою другого сорту», а мистецтво, культуру та історію культури – у кращому випадку необов'язковими для аналітичного філософа [на відміну від континентального] (хоча це почало змінюватися після публікації «Теорії справедливості» Джона Ролза у 1970 році) [173, Р. 10-11]. Іншими словами – тут Х. Патнем хоче підкреслити, що континентальна філософія часто звернена до літератури, використовує художні засоби, наприклад, метафори, на противагу аналітичним філософам, які більше мають справу з суворим термінологічним апаратом, логічним викладом матеріалу, застосовують логічні формули тощо. Правда, на наш погляд, такий метод аналітичної філософії як «мисленнєвий експеримент» часто містить доволі яскраві художні засоби, проте вони обмежені суворою логікою викладу матеріалу і не мають на меті посилення образу чи ілюстрацію, а логічне обґрунтування множинних варіантів розвитку подій («множинні світи» відповідно до термінології С. Кріпке).

Таким чином аналітична філософія права має в собі позитивістський намір зосередити свій предмет безпосередньо на чинному праві, тобто винести за дужки інші складові суспільних наук – моральні, психологічні, історичні аспекти функціонування права. Тому методи аналітичної філософії стали в

нагоді юридичному позитивізму, який має схожі наміри щодо предмет свого вивчення.

Проте існують різні підходи до ототожнення «сучасного» англо-американського юридичного позитивізму та аналітичної філософії права: перший полягає в тому, що саме позитивістська юриспруденція є аналітичною (вузький підхід); другий ж полягає в тому, що оксфордська наукова традиція в юриспруденції, яка походить від Г. Гарта може називатись аналітичною (широкий підхід). Так, до неї можна зарахувати і Р. Дворкіна, і Л. Фуллера, і Дж. Фінніса і низку інших вчених, які не є юридичними позитивістами, а навпаки критикують його (проте в межах однієї англо-американської наукової традиції). Кожен з них ще буде зустрічатись на сторінках цього дослідження.

До того ж Дж. Барріс слушно звертає увагу на тенденцію, відповідно до якої останні десятиліття термін «аналітична філософія права» чи «аналітична юриспруденція» вживається все рідше, з огляду на розмивання терміну «аналітичний» у загальній філософії [104] та меншому зацікавленні сучасними юридичними позитивістами філософськими аспектами мови (лінгвістикою) щодо права.

Періодизація. Англо-американський юридичний позитивізм складається з чотирьох ключових етапів:

- 1) «докласичного»: формування філософського підґрунтя юридичного позитивізму – англо-американський юридичний позитивізм спирається на філософсько-правові погляди Т. Гоббса (державна влада) [147, Р. 76], Д. Г'юма (епістемічні засади позитивізму – поділ на чинне право та бажане право) [150, Р. 469-470], Дж. Бентама (утилітаризм), Ж. Бодена (суверенна влада) та інших [195, Р. 30];
- 2) «класичного» (системне формування юридичного позитивізму – «командна/наказова» теорія Дж. Остіна [102], відповідно до якої «право є наказ суверена, забезпеченим санкцією (державним примусом)»);

3) «сучасного» (починаючи з аналітичної філософії Г. Гарта та Дж. Раза і до початку 1990х років);

4) «надсучасного» (юридичний і філософський – Дж. Постема, М. Крамер, К. Хімма, С. Шапіро та ін. (середина 1990х років) – намагання сформувати нову програму, а не захищати і розвивати ідеї Г. Гарта і інших попередників). Така періодизація має *хронологічний* характер. При чому якщо перші етапи – «докласичний» і «класичний» є *географічно* суто англійським, то починаючи з Г. Гарта відбувається значний вплив на американську юриспруденцію, що дозволяє називати його вже англо-американським. Водночас локалізація обмежується англomовною академічною традицією – зазвичай відповідні ідеї циркулювали в колі професорів та їх студентів в університетах Сполученого Королівства, США, Канади, Австралії. Хоча поділ на «англо-американську» (аналітичну) та континентальну філософії права в цьому випадку є недостатньо точним, адже за словами юридичного позитивіста Б. Лейтера «визначення приналежності інтелектуальних традицій за національною чи географічною ознакою, ймовірно, так само поширене, як і є таким, що вводить в оману» [161, Р. 82], проте воно підтримується більшістю авторів і цілком може бути використане в цьому дослідженні.

Надалі коротко охарактеризуємо кожен із заявлених етапів крізь призму складових юридичного позитивізму, які проходять в цьому дослідженні наскрізно – співвідношенню моралі і права, соціальні природі права (поняття права) та ролі державного примусу в праві.

Докласичний період. М. Козюбра зазначає, що «як погляди юридичних позитивістів, як і погляди представників природного права, виростили, по суті, з одного джерела – притаманної епосі Просвітництва безмежної віри в абсолютну силу розуму та його невіддільну рису – раціоналізм. Проте, якщо школа природного права оперувала розумом як категорією абстрактною,

метафізичною, позитивізм, навпаки, зміщував акценти на його емпіричні, конкретні прояви в реальному людському бутті» [33, С. 245].

З огляду на це раціоналізм в етиці найперше виражений теорією утилітаризму – найбільшого блага (користі) для найбільшої кількості осіб. Так, утилітарна етика Дж. Бентама стала філософським підґрунтям для позитивістської відповіді питання про взаємозв'язок права і моралі: якщо правила поведінки приносять користь суспільству, яка різниця чи узгоджуються вони з нормами моралі, адже користь (утилітарна цінність) є найвищим благом. Дж. Бентам як засновник утилітаризму не меншою мірою може вважатись і батьком юридичного позитивізму. В своїй праці «Фрагмент про урядування» [106] він критикує свого вчителя сера В. Блекстоуна, який у «Коментарях до англійського права» [111] викладає лише природно-правові погляди на право в стилі Дж. Локка та послуговується доволі поверхневим юридичним аналізом англійського права [171, Р. 570]. З огляду на це можна стверджувати, що англо-американська традиція філософії права зародилася в другій половині XVIII ст. і сформувалася у Великій Британії в XIX ст. як опозиція поширеному на той момент історичному методу і природно-правовому підходу В. Блекстоуна.

Мораль і право. Саме Дж. Бентам, осмислюючи природно-правові погляди на право Томи Аквінського, започаткував розділення на право і мораль. Ця дискусія продовжується і сьогодні між сучасним юридичним позитивізмом та теоріями неоприродного права (neo-natural law theories), конструктивізмом Р. Дворкіна, інклюзивним та ексклюзивним юридичним позитивізмом. Дійсно, англо-американський юридичний позитивізм виник у відповідь на природно-правову точку зору про те, що не може бути несправедливих законів (unjust law), оскільки існують необхідні моральні критерії правової дійсності – необхідні в тому сенсі, що вони

застосовуються до всіх можливих правових систем, обмежуючи зміст права в кожній з них.

Таким чином починаючи з філософії Дж. Бентама (а на рівні юридичної теорії – Дж. Остіна, про якого піде мова пізніше), юридичні позитивісти заперечували цей теза щодо несправедливого закону, який не є правом, проголосивши *теза про відокремленість* (Separability Thesis) права і моралі як засадниче положення своєї теорії. Згідно з цією тезою, не існує концептуально необхідних моральних підстав права (або критеріїв законності). Тобто якщо норма права не узгоджується з нормою моралі, то від цього вона не перестає бути правовою.

Соціальні джерела права. Наступним кроком Дж. Бентама є «демістифікації права» [138, Р. 21], яку він пропонує здійснити шляхом усвідомлення того, що право є соціальним фактом і його треба розглядати окремо від метафізичних, історичних, моральних та інших аспектів соціального життя. Для суспільно-політичної думки XVIII століття ідея того, що право є соціальним конструктом («артефактом» в термінології К. Хімми), який можна створювати, змінювати і навіть відтворювати [172, Р. 15], була однозначно новою, адже консервативне уявлення про право, що має божественне (або принаймні природне) походження зберігалось в суспільстві. Соціальний теза юридичного позитивізму уже тоді знаходив підтримку у вчених-просвітників, політиків та інших осіб, які будували плани раціональної побудови суспільства та його правової системи [151].

Понад те, систему загального (прецедентного) права (common law) Дж. Бентам уподібнював «собачому праву» (dog's law). Він пояснює це так: «Коли ваш пес робить щось, за що ви хочете його покарати, ви чекаєте, поки він це зробить, а потім б'єте його за це. Так ви створюєте закони для свого собаки, і так судді створюють закони для нас з вами. Вони не скажуть людині заздалегідь, чого вона не повинна робити... вони чекають, поки вона зробить те, що, на їхню думку, не повинна була робити, а потім вішають

(hang) її за це» [172, Р. 277]. Тобто замість того, щоб шляхом ухвалення законодавства (statutory law) детально окреслити ті чи інші вимоги до поведінки людини в суспільстві, право має лише загальні принципи і положення, що лише у разі виникнення правової ситуації формують прецедент, з яким може узгоджувати свою поведінку людина.

Д. Г'юм своєю чергою впроваджує поділ на право «наявне», «чинне», тобто таке, що фактично існує, та право «ідеальне», таке, що має бути («диз'юнкція Г'юма») [150, Р. 469-470]. Це мало серйозні наслідки для природно-правової думки – М. Козюбра зазначає, що природне право стали розглядати не як якусь особливу, вищу систему права, яка ґрунтується на справедливості, істинності якої самоочевидна чи раціонально доведена за допомогою розуму, а виключно як те, що відноситься до сфери належного [бажаного]. Це означає не більше, ніж претензію природного права на позначення ним моральних принципів [33, С. 246]. Водночас позитивне право почали розглядати як право сучасне – таке, що ґрунтується на результатах вивчення правозастосовної і судової практики, тобто спостереженням за тим як норми права застосовуються англійськими судами. Чинне право стало правом *науковим* в тому розумінні, в якому всі експериментальні науки стали розуміти свій предмет – підтвердженість експериментальним досвідом, що застосовно до права є аналізом законодавства.

Державний примус для докласичного періоду юридичного позитивізму є єдиною та безумовною підставою нормативності права – людина підкорюється наказам суверена з огляду на страх покарання. Державний примус є необхідним для існування суспільства, адже за словами Т. Гоббса – без суверена життя людини було б «самотнім, бідним, мерзенним, брутальним і коротким» (solitary, poore, nasty, brutish, and short)) [147, Р. 76]. Наявність Левіятана (суверенної державної влади), що наділена

повноваженнями застосовувати примус, є запорукою безпечно життя в суспільстві.

Класичний етап позитивізму в юридичній теорії сформульований ще на початку ХІХ ст. Дж. Остіном у «наказовій теорії/теорії команд» – *«право є наказ суверена, забезпеченим санкцією (державним примусом) (law is a command of the sovereign, backed by sanctions)»* [102, Р. 27]. Фактично мова йде про різновид «етатистського» юридичного позитивізму, в якому існує держава, яка в особі суверена визначає право як наказ (команду). Етатистські погляди Дж. Остіна на право вже за часів його сучасників дозволяли характеризувати його як консервативного філософа [148, Р. 46], а в пізній період творчості навіть «неліберального» [149, Р. 554], адже вони не узгоджувались із популярними тоді ідеями свободи, поширюваними на тлі Французької революції (1789-1799) та наполеонівських війн (1799-1815). При цьому Дж. Остіну вдалось запропонувати систематичний виклад своєї теорії у виді серії лекцій [101] і саме тому його погляди вважаються класичними для англо-американського юридичного позитивізму.

До вже названих філософсько-правових ідей Дж. Остін додає поняття «суверена» Ж. Бодена як особи, яка реалізує державний суверенітет. Суверенітет означає вищу владу (повноваження) [віддавати] накази» [102, Р. 25]. Під сувереном тут розуміється особа чи державний орган, котрому належить вища політична влада у суспільстві (король або народ, представлений парламентом), якому переважна більшість членів суспільства має звичку коритися, стосовно якого існує така звичка [102, Р. 75].

Слабкою ланкою теорії Дж. Остіна є той факт, що для нього суверен перебуває над правом і не підкоряється йому, оскільки сам є джерелом права. Іншими словами – суверен не пов'язаний правом, він перебуває *поза* будь якими юридичними обов'язками і заборонами. За такої умови стає неможливою передача влади іншим суб'єктам. До того ж концептуально

підхід Дж. Остіна до визначення юридичних норм не дозволяє розрізнити накази суверена та накази злочинців, адже останні вони так само є командами і забезпечені державним примусом. Тобто не може пояснити, чому держава вважається суб'єктом наказам якої необхідно підкорюватись, а банді розбійників – ні. Пізніше Г. Гарт спробує пояснити це через визнання права соціальною практикою (звичкою підкорюватись, насамперед самою природою влади), а Дж. Раз – шляхом наявності у права «авторитету» з огляду на його роль як найоптимальнішого соціального регулятора для досягнення цілей загального блага.

Водночас Дж. Остін має рацію в тому, що природа права ґрунтується на волюнтаристському фундаменті, адже *воля* авторитетної інстанції (суверена) – це внутрішня енергія права. Хоча вища влада в сучасних демократіях має в своїй основі плюралізм, консенсус, обмежена чіткими строками і діє в умовах системи стримування і противаг, але все одно час від часу ми послуговуємось такими висловами як «воля законодавця» або узагальненням «законодавець вважає».

З часів Дж. Остіна «суверен» у сучасних теоріях англо-американського юридичного позитивізму перетворився з одноосібного правителя на колективний законодавчий орган (парламент) та/або виконавчу владу, а під санкцією почали розуміти не лише фізичний примус, а й будь-які інші заходи державного примусу або стимулювання до певної поведінки (наприклад, переконання чи економічне заохочення).

Після сплеску, спричиненого роботами Дж. Бентама й Дж. Остіна, в англійській юриспруденції настало затишшя: «Юристи перестали цікавитися філософією, а філософи – правом. Юриспруденція в університетах перетворилася на рутинне читання і перечитування канонічних текстів і підручників. Крім кількох блискучих винятків, ця сфера була вмираючою» – зазначає Н. МакКормік [162, Р. 117]. Тому можна зустріти думку, що часи з 1883 року (в цей рік опубліковано останню

самостійну роботу щодо системи права Дж. Остіна, яка використовувалась для навчання та досліджень в подальшому) [152] до 1953 року (в цей рік Г. Гарт прочитав свою інавгураційну лекцію «Definition and Theory in Jurisprudence»), вважаються «втраченими роками англійської юриспруденції» – нарікає Н. Даксбері [122, Р. 3]. Він же зазначає, що «писалися книги і статті з юриспруденції, але до появи фундаментальних праць Г. Гарта про англо-американський юридичний позитивізм в Англії не з'явилося нічого, що змусило б філософів права переоцінити свій базовий світогляд та погляди на право» [122, Р. 3].

На такому стані справ варто зазначити для того, щоб зрозуміти наскільки важливим було критичне осмислення теорії Дж. Остіна. І такий доробок здійснив достатньо глибоко і комплексно Г. Гарт, з часу робіт якого відраховується «сучасний» етап юридичного позитивізму. Він переорієнтував юриспруденцію на аналітичну філософію, як зазначалось на початку цього підрозділу, після чого вона на довгі роки стала домінантною філософією права західного світу. Про що піде мова в наступному розділі.

Висновки до підрозділу 1.2

1. Англо-американський юридичний позитивізм є складовою англо-американської юриспруденції та найчастіше супроводжуються такою характеристикою як «аналітичний». «Англо-американська аналітична філософія права» або «аналітична юриспруденція» є загальновживаним поняттям в англомовній юридичній науці (Anglophone Jurisprudence). Звернення уваги саме на аналітичну філософію права є важливим з огляду на те, що після 1970-х років «переміг» аналітичний підхід до філософії права (юриспруденції), основні засади якого сформулював Г. Гарт.
2. Англо-американський юридичний позитивізм має тісний зв'язок з аналітичною філософією права, яка в свою чергу постала із застосування ідей аналітичної філософії до права. Має чотири періоди: 1) *докласичний* (Т.

Гоббс, Дж. Бентам, Ж. Боден, Д. Г'юм) – формування філософських засад англо-американського юридичного позитивізму в період Нового часу, що характеризується раціоналізмом та виникнення позитивізму як загальнофілософської течії; 2) *класичний* (Дж. Остін) – застосування філософських ідей Нового часу до права, що зводиться до класичної формули «Право є наказом суверена, що забезпечене санкцією»; 3) *сучасний* (Г. Гарт, Дж. Раз) – формування тез про відокремленість права і моралі та соціального походження права, що визначають концептуальні підходи до визначення юридичного позитивізму усіх типів, зокрема перегляд ролі примусу в праві та підстав нормативності права); та 4) *надсучасний* (К. Хімма, С. Шапіро) – поглиблення аргументів щодо моральної оцінки чинного права, що розвиває ідеї інклюзивного юридичного позитивізму на противагу ексклюзивному, зокрема шляхом впровадження нових самостійних концепцій, що менше спираються на класичні праці Г. Гарта та Дж. Раза).

3. Класичний *юридичний* вираз позитивізму в юридичній теорії сформульований ще на початку XIX ст. Дж. Остіним у «наказовій теорії/теорії команд» – «право є наказом суверена, забезпеченим санкцією (державним примусом)». Фактично мова йде про різновид «етатистського» юридичного позитивізму, в якому є держава, яка в особі суверена визначає право як наказ (команду). Водночас слабкою ланкою теорії Дж. Остіна стала неможливість пояснити різницю між державою та бандою розбійників, які обидві можуть висловлювати команди і досягати їх виконання державним примусом. Також суверен виключений з системи права, що утворює вакуум влади (унеможлиблює континуїтет).

1.3 Герберт Гарт та поділ юридичного позитивізму на інклюзивний/ексклюзивний

Для сучасного англо-американського юридичного позитивізму ключовою є постать – Герберта Гарта (H.L.A. Hart) (1907-1992). Перші твори Г. Гарта стосуються можливостей застосування підходів *аналітичної філософії* до права, які у нього сформувались під впливом Дж. Л. Остіна та філософа Л. Вітгенштайна. І це не дивує, якщо знати біографію Г. Гарта – викладача кафедри філософії (1945-1952), якого обрали професором юриспруденції Оксфордського університету (1952).

Посада професора юриспруденції (Professor of Jurisprudence) в Оксфорді є унікальною та була заснована ще в 1869 році. Фактично вона є посадою для філософа на правничому факультеті, адже заохочує філософські підходи до викладання права. На відміну від професора права (Professor of Law), яких багато на факультеті, така посада лише одна – Г. Гарт очолював її з 1952 до 1968 року.

Н. Лейсі, яка підготувала розлогу біографію Г. Гарта зазначає, що на вказаній посаді він намагався змінити підходи до викладання права, які на його думку «були на той час застарілими і жахливими» [159, Р. 148-151]. Б. Бікс пояснює, що зміна підходів у викладанні полягала з традиційного для країн загального права розгляду кейсів (прецедентів) на більш узагальнене, систематизоване та теоретичне вивчення сутності права та природи юридичних понять [110, Р. 1]. Тобто до Г. Гарта обговоренню прецедентів бракувало комплексної теоретичної основи права, яка б надавала змогу систематизувати знання про право в прецедентах і надала б певний методологічний «каркас» для цього.

Поняття права. Ключовою роботою Г. Гарта є «Концепція права» (1961) [141], яка і до сьогодні належить до найбільш цитованих праць англо-американського юридичного позитивізму. Попри наявність українського перекладу [84], надалі ми цитуємо Г. Гарта за останнім англomовним науковим виданням (3rd edition, 2012) [141] з огляду на те, що воно якнайточніше відтворює текст автора, усунувши певні істотні недоліки, що

існували у попередніх виданнях, а також містить Післямову (Postscript) (1994), яка з'явилась у другому виданні [140] і розглядається як невід'ємна частина тексту.

Справа в тому, що український переклад не повний – в самому виданні зазначено, що мова йде про «скорочений переклад», проте прямо не вказано, які саме частини тексту було піддано скороченню. Понад те, хоча український переклад здійснено з другого видання (1994), проте як уже зазначалось Післямови (Postscript) він не містить. Щоби оцінити важливість Післямови, достатньо лише сказати, що її обсяг становить чверть від всієї монографії Г. Гарта. У ній фактично підсумовано важливі аспекти аргументів Г. Гарта, які дебатувалися у юридичній літературі протягом 30 років з дня публікації «Концепції права».

Зважаючи на ці зауваги до українського перекладу, цілком правильним буде здійснити новий переклад з останнього і найбільш повного видання. Тепер перейдемо до змістовного аналізу ідей Г. Гарта як англо-американського юридичного позитивіста.

Насамперед, Г. Гарт починає з критики ідей Дж. Остіна, а саме з його ототожнення права і наказів (команд) суверена. Спершу він звертає увагу, що не всі правові норми спрямовані на *наказ* діяти людини в той чи інший спосіб, або утриматись від певної поведінки. Тобто не всі норми є *зобов'язальними* – забороняють або дозволяють вчинити певні дії.

Адже існують й інші правові норми, які містять *уповноважувальні* приписи. Це норми про укладення двосторонніх і односторонніх правочинів.

Отже, одні норми *зобов'язують* чи *забороняють* певні типи поведінки під загрозою санкцій (*duty-imposing rules*), другі ж – *уповноважують* або *накладають обов'язки* (*power-conferring rules*).

Варто зауважити, що Г. Гарт вживає поняття «правило» (*rule*), що характерно для англо-американської юриспруденції. За своїм змістом «правило» в цьому випадку тотожне «нормі права», адже є «[юридичним]

правилом ([legal] rule)». Для збереження точності першоджерела та уникнення плутанини, коли мова йде про термінологію англо-американських авторів, то цей термін перекладається нами як «правило».

Г. Гарт стверджує, що в структурі системи права існує *лише* два типи норм [141, Р. 155]: 1) правила первинного і 2) правила вторинного порядку.

Правила первинного порядку (правила-зобов'язання та заборони, що були згадані вище) – приписують вчиненні певної дії або утримання від неї незалежно від бажання особи. При чому такі правила інколи мають «відкриту текстуру» (open texture of law). Адже існують неоднозначні норми, в яких існує «ядро» (core) і варіативність значень (penumbra). Перше зазвичай прочитується однаково і не викликає жодних різночитань, адже є конкретним, а друге завжди містить варіативність значень з огляду на семантику мови. Улюблений приклад Г. Гарта – прескриптивна норма «No vehicles in the park» в який правозастосування варіюється залежно від нашого розуміння чим є «vehicle» (машина, засіб для пересування). Тобто заборони пересуватись в парку для всіх зрозуміла (ядро), а от на чому саме, що таке транспортний засіб – ні (penumbra). При цьому усунення лінгвістичної невизначеності вимагало б існування вичерпного тесту для визначення вживання загального терміна за будь-яких мислимих умов. Така властивість людської мови – вона може допускати існування кількох варіантів його розуміння.

Г. Гарт використовує такі поняття, як «двозначність» (ambiguity), «сумнівність» (uncertainty), «непевність» (indeterminacy), «неясність» (vagueness) застосовно до «відкритої текстури права». Він не пояснює як вони співвідносяться між собою, лише зазначає, що всі вони якимось чином пов'язані нею. На наш погляд, це чудова ілюстрація впливу лінгвістичної філософії на Г. Гарта, водночас значення для юридичної теорії сьогодні в цьому невелике, адже засада юридичної визначеності як складової верховенства права диктує в усіх правових системах тяжіння до

однозначності змісту норми права, що виключає її надмірну варіативність. Водночас правила офіційного тлумачення права у разі виникнення таких різночитань доволі точно сформульовані, включно з правилами подолання колізій і прогалін. Ми не заперечуємо той факт лінгвістичної філософії, що існують випадки, де ми не можемо уникнути неоднозначності з огляду на брак ресурсів мови. Але якщо така ситуація була характерна для системи права того часу, то сьогодні юридична визначеність є загальною засадою всіх системи загального та континентального права. Приклади Г. Гарта втратили актуальність, а інструменти тлумачення права дозволяють уникнути багатозначності приписів права.

Правила вторинного порядку – «правила про правила» (правила визнання – rules of recognition; правила змін – rules of change; правила правосуддя – rules of adjudication) – завдяки *правилам визнання* первинні норми визнаються такими, що мають обов’язковий характер для людей; правила *зміни* дозволяють вводити в дію та змінювати первинні норми завдяки владним механізмам, тим самим долаючи статичність первинних правил; правила *правосуддя (рішення)* встановлюють механізми (наприклад, судові), які вирішують проблему неефективності у випадку спору (конкуренції) між первинними правилами.

Таким чином для Г. Гарта *право є нормативною системою, що поєднує первинні та вторинні правила*, одне з яких, правило визнання, існує як соціальна практика, і його зміст визначає умови чинності інших правил у цій системі [141, Р. 94-95]. При чому Г. Гарт наполягає не просто на наявності соціальної практики, яка є одноманітною правовою поведінкою в суспільстві (зовнішній аспект), а й на тому, що суспільство має приймати таку соціальну практику за зразкову поведінку, яка є підставою для оцінки поведінки інших й застосування державного примусу у разі, якщо інші члени суспільства не дотримуються відповідної соціальної практики (внутрішній аспект). На цьому аспекті варто зупинитись детальніше.

З термінологічної позиції варто зауважити, що українською набув поширення переклад цього терміну як «правило визнання» [84]. Водночас слово recognition має декілька значень – як *визнання* (в сенсі схвалення, підтримки, визнання чинним), так і *розпізнавання* (в сенсі впізнання, розрізнення, вгадування). Обидва варіанти видають правильними, адже відображають два аспекти rule of recognition: 1) визнання чинності норми права; 2) розпізнавання правових норм серед інших нормативних соціальних регуляторів. Тож ми будемо послуговуватись усталеним варіантом перекладу, але важливо зауважити розпізнавальне підґрунтя цього терміну.

У сучасній правовій системі, де існують різноманітні «джерела» права, – зазначає Г. Гарт, – правило визнання є, відповідно, більш складним: критерії ідентифікації закону є численними і зазвичай включають писану конституцію (written constitution), прийняття законодавчим органом та судові прецеденти. У більшості випадків передбачається можливий конфлікт шляхом ранжування цих критеріїв у порядку відносної субординації та пріоритету [141, Р. 101].

У цьому аспекті погоджуємось з Р. Алексі, що правило визнання необхідно розглядати на одному шаблі з засадничою нормою (Gründnorm) Г. Кельзена та подібними «правилами – засадами» правилами, що уможливлють існування правових систем [92, Р. 95-123]. Він класифікує їх як: 1) аналітичну норму (Г. Кельзен); 2) нормативну (І. Кант) – у І. Канта знаходимо поняття «базової норми», проте більше в значенні природно-правовому, тобто норми права, яка передує позитивному праву [154, Р. 18]; 3) правило визнання (Г. Гарт) – за Г. Гартом питання правила визнання це питання факту, *емпіричної* дійсності, оскільки він виводить існування правила визнання з його прийняття, що проявляється в юридичній практиці, і використовує його існування як основу для дійсності всіх інших правових норм.

Таким чином *засадничим правилом (basic norm)* для Г. Гарта є правило визнання, яке водночас стає підставою дійсності (validity) норми права. Воно ставить перед створюваними нормами вимогу узгоджуватися з правовою свідомістю адресатів. Завдяки правилу визнання певне правило може «визнаватися» обов'язковим для суспільних груп в межах певної спільноти. Отже, Г. Гарт змінює погляд на підставу визнання права з теоретичної (не відсилає до вищої, засадничої норми, як це робить Г. Кельзен) на практичну, яка полягає в соціальній практиці визнання суб'єктами правозастосування чинної системи права як такої.

Логічним наслідком цього є розгляд підстави визнання права поза межами моралі. Дж. Раз зазначає, що як соціальний факт, правила визнання дозволяють нам ідентифікувати право, не звертаючись до моралі [180, Р. 334]. В іншій роботі Дж. Раз пояснює свою тезу детальніше: «наприклад, посадова особа може слідувати правилам, не маючи жодних переконань щодо того, чому він має на це право ... або навіть з моральних міркувань» [181, Р. 148]. Тобто не важливо як особа ставиться до права – вважає його добрим чи поганим, ефективним чи неефективним, вона підкорюється йому за звичкою, бо так встановлена соціальна практика, яку суб'єкти правозастосування в окремих аспектах можуть піддавати сумніву, але в цілому як систему права – ні.

З огляду на це варто уточнити, що мова йде не про будь-яку соціальну практику, а таку практику, яка встановлює певний стандарт поведінки – соціальну норму, якої 1) члени суспільства дотримуються; 2) вважають її обов'язковою та 3) яку вони вважають виправданням (підставою) для такої поведінки й мірилом для критики тих, хто таких правил не дотримується. Така деталізація критеріїв потрібна Г. Гарту для того, щоб відмежувати свою позицію від позиції Дж. Остіна, відповідно до якої люди підкорюються праву внаслідок страху покарання. До того ж, як зазначає Т.Р.С. Аллан законодавча влада тоді розподіляється у відповідності до

основної ідеї демократичного правління: згода, яка підтримує «правило визнання», має відбивати тривалу згоду тих, ким керують, а не просто договір вищих посадовців [2, С. 260]. Тобто мова йде саме про тривалу згоду, що характеризує демократичний характер теорії права Г. Гарта.

Отже, похідною від правила визнання є позиція Г. Гарта щодо ролі *державного примусу в праві* – люди підкорюються не під загрозою покарання, що є звичкою, а з огляду на наявність інституціоналізованої соціальної практики. Водночас це не виключає державний примус як такий, адже порушники закону існують завжди і всюди. Проте їхні дії є винятком з загального правила, а за загальним правилом люди дотримуються приписів права (follow the law).

В 1960-х роках такий хід думки став безперечно новим, адже тоді англо-американський юридичний позитивізм на теоретичному рівні асоціювався у Великій Британії з Дж. Остіном (про що вже йшла мова), а в Сполучених Штатах Америки – Г. Кельзенем. В 1960 році він публікує друге видання «Чистого правознавства» [28], яке суттєво розширює роботу, невдовзі у 1962 році виходить переклад французькою, а у 1967 – англійською, адже на той час Г. Кельзен уже давно працює в США. «Засаднича норма» Г. Кельзена за оцінкою В. Середюк та О. Богдан має трансцендентально-логічний характер і не є буттєвим фактом. Вона є гносеологічним припущенням, фікцією, що логічно необхідна для подібного роду міркування. Саме це гносеологічне припущення-гіпотеза і породжує нормативність права [72, 337].

Тож якщо Г. Кельзен продовжує звертатись до метафізичних джерел права в обґрунтуванні свого аналітичного (нормативного) правила визнання, то Г. Гарт пропонує значно конкретнішу відповідь на питання підстави підкорення людьми праву. Соціальна поведінка суб'єкта правозастосування видається більш переконливою, аніж апріорі існуюча в кожному суспільстві Конституція (писана або неписана).

При цьому якщо для англо-американської правової традиції, при згадці соціальної практики суб'єкта правозастосування, на думку спершу спадають саме судді, то для українського читача це представники органів виконавчої влади. Адже континентальній системі права характерна значна деталізація приписів права у законодавстві, а не судових прецедентах. Але ключовий висновок для різних систем права спільний: не просто члени суспільства визнають право і підкорюються його вимогам, а насамперед ті, кого уповноважила влада на їх застосування, адже правові норми авторитетні не з огляду на їхній зміст чи переваги, а лише в силу їхнього інституціоналізованого визнання.

Підсумовуючи, правило визнання Г. Гарта відсилає саме до соціальних фактів (а не до *моральних* чи інших) – практика суб'єктів правозастосування та їхнє ставлення до цієї практики встановлює критерії законності й дієвості права в цілому.

Мораль і право. Зважаючи на зміст правил первинного і вторинного порядку можна зробити висновок, що правом є будь-які правила, встановлені уповноваженим органом державної влади незалежно від їх змісту. Тобто вони можуть бути і морально нейтральними, і аморальними, головне, щоб їх підтримувала соціальна практика. Якщо застосувати цю концепцію до жахливих тоталітарних політичних режимів ХХ ст., то можна припустити, що вони можуть створювати норми права будь-якого змісту, включно з аморальним, проте суспільство просто не буде їм підкорюватись, вважаючи такі норми вкрай несправедливими. Тобто соціальна практика стане запобіжником від свавілля влади. Але історичні прецеденти, як і загалом людська природа схильна до влади і насильства (наприклад, згадаємо Стенфордський тюремний експеримент 1971 р.), спростовують цей аргумент. Спроба Г. Гарта запропонувати вихід з проблеми необмеженої можливості суверена створювати право, при цьому не заперечуючи ключових тез юридичного позитивізму, не видається переконливою.

Приблизно такої критики зазнала теорія Г. Гарта протягом декількох десятиріч після виходу праці «Концепція права» у 1961 р. Критика стосувалась саме цієї проблеми відокремленості права і моралі у Г. Гарта – соціальна практика як підстава нормативності права не може запобігти свавіллям влади.

Тоді він розширив запропоновану у першому виданні «Концепція права» дефініцію «мінімуму права природного в праві позитивному» (the minimum content on natural law), яка передбачає, що існує [141, Р. 193-199]:

- 1) *людська вразливість* до шкоди, яку можуть заподіяти інші люди (human vulnerability);
- 2) *приблизна рівність* більшості дорослих людей у тому сенсі, що фізичні та розумові відмінності між ними, зазвичай, не є суттєво великою (approximate equality);
- 3) *обмежений альтруїзм*, що полягає в поєднанні егоїзму та турботливої доброзичливості в характері практично кожної людини (limited altruism);
- 4) *обмеженість ресурсів*, що полягає в обмеженості більшості ресурсів, а також той факт, що багато ресурсів потребують значної праці, перш ніж вони зможуть задовольнити людські потреби безпосередньо (limited resources);
- 5) *обмеженість розуміння і сили волі* кожної людини, що призводить до того, що деякі люди віддають перевагу своїм короткостроковим інтересам на шкоду довгостроковим інтересам (limited understanding and strength of will).

Аргумент Г. Гарта полягає в тому, що якщо виживання є видимою метою людини, то стає першорядним, що закони повинні містити мінімальний зміст, який завжди гарантуватиме виживання людини. Понад те людська взаємодія неминуча, і закони і мораль повинні співіснувати, щоб забезпечити безпеку людини [168, Р. 6]. Він має філософське підґрунтя – позиція Т. Гоббса, відповідно до якої «договір, який зобов'язує людину не

захищати своє власне життя, недійсний» [147, Р. 87]. Тобто за будь-яких умов людина володіє невід'ємним правом на життя, яке вона може захищати, навіть тоді, коли якщо на нього зазіхає суверен. Таким чином Г. Гарт вказує на існування *мінімальної* межі, нижче якої жодна правова система не може знизити гарантування прав і свобод людини з моральних міркувань. За таких умов існування вкрай несправедливої правової системи, яка знищує фізичний добробут своїх громадян, наприклад, «нацистське право», яке дозволяло свавільно лишати життя окремі групи людей, було б просто неможливим.

На наш погляд, ця формула цілком може бути порівняна із природно-правовим поняття «гідності людини» як метафізичної засади невід'ємності прав людини. Хоча Г. Гарт і не застосовує саме цей термін, проте його аргументи нагадують крихкий баланс людини в суспільстві, порушення якого може призвести до її знищення. Жодна правова система не може бути стабільною, якщо вона не захищає життя людини та її власність, називаючи це «природною необхідністю» (*natural necessity*). Отже, можливість моральної оцінки чинного права, яке посягає на людське життя, є запобіжником від свавілля влади. Ця позиція суттєво зближує інклюзивний англо-американський юридичний позитивізм та неопозитивістські теорії права.

Після критики «правила визнання» як соціальної практики та наявності поряд з правилами первинного і вторинного порядку більш загальних норм, засадничих принципів права (Р. Дворкін), Г. Гарт пом'якшив свою позицію. Так, Р. Дворкін під час полеміки з юридичними позитивістами у 1970-х і 1980-х роках стверджував, що англо-американський юридичний позитивізм не може адекватно врахувати роль моральних принципів як обов'язкових підстав для прийняття рішень суддями та суб'єктами правозастосування у складних випадках (*hard cases*) [124]. Він наголошував на ролі моральних

принципів як норм права, які є підставою для рішень суб'єктів правозастосування у таких складних справах [157, Р. 176].

Тож у 2-му виданні «Концепція права» 1994 р. Г. Гарт визнав можливість існування принципів права поряд за правилами первинного і вторинного порядку. І як наслідок можливість звернення до позанормативних джерел права, насамперед норм моралі, у випадку критичної загрози для життя людини. Тобто об'єднав концепцію «мінімального змісту права природного у праві позитивному» з принципами права. Якщо раніше вона давала змогу говорити про певні моральні джерела права в крайніх випадках, проте не пропонувала інструментів для їх практичного застосування (адже правила первинного і вторинного порядку цього не допускали), то визнання норм-принципів уможливило подолання загрози для життя людини з боку свавільного права. Хоча подібні міркування і зустрічались в роботах раніше, проте Г. Гарт надав їм остаточного вигляду у Післямові (Postscript), яка є значною за обсягом і змістом частиною 2-го видання і досі очікує свого перекладу українською мовою.

Впроваджений у 2-му виданні «Концепція права» (1994) спричинила поділ сучасного юридичного позитивізму на дві основні течії: *інклюзивний* (м'який) (Г. Гарт, В. Валучов, К. Хімма, М. Крамер, Б. Бікс, Л. Грін та ін.) та *ексклюзивний* (жорсткий) (Дж. Раз, А. Мармор, Дж. Гарднер, С. Шапіро) за критерієм того, чи допускає автор можливість моральної оцінки чинного права, або ні. Перші погодились з Г. Гартом, другі – ні.

Ускладнює це розрізнення той факт, що ексклюзивні юридичні позитивісти теж погодились, що норми-принципи існують, проте за своїм змістом вони мало чим відрізняються від правил первинного порядку. Для них принципи права лишаються винятково позитивними, що уможливлюють вирішення недоліків норм права у захисті від свавілля влади шляхом застосування суддями мінімальних дискреційних повноважень. Тобто це перелік певних засад права, на кшталт верховенства права або принципу диспозитивності,

які в подальшому судді можуть уточнювати і деталізувати в межах чинної норми права (без зміни змісту, без створення нової норми права).

Надалі детальніше розглянемо інші відмінності між цими течіями, адже з середини 1990х років вони все більше нагадують два різні типи праворозуміння. Водночас якщо ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм продовжує послідовно захищати позицію дотримання *тези про соціальний факт* (social fact thesis) і *відокремленості права і моралі* (separation thesis), то інклюзивний юридичний позитивізм в певних випадках допускає моральну оцінку чинного права. Подекуди це більше нагадує природно-правові теорії, адже розуміння загрози життя людини як підстави моральної оцінки чинного права, розширюється до питань свободи і безпеки в межах еволюційного тлумачення норм права. Наприклад, К. Хімма, який детальніше буде розглянутий в цьому дослідженні, захищає ідею *моральної скерованості (мети)* права, що розмиває межу між юридичним позитивізмом та неопозитивістськими теоріями права.

У контексті тези про соціальний факт для ексклюзивних юридичних позитивістів достатньо погляду на право як на домовленість людей, яка ухвалена в певному порядку законодавцем (визначальним є «джерело» права – законодавчий акт). Для інклюзивних юридичних позитивістів цього недостатньо, адже невід’ємною частиною правової норми є її походження (pedigree), тобто належна процедура її ухвалення. Дійсно, сьогодні недостатньо просто волі законодавця для того, щоб норма права була дієвою та відповідно створювала обов’язки в її адресатів, адже важливим також є і дотримання процедури ухвалення акту. Ексклюзивні юридичні позитивісти в цілому також згодні, що юридична процедура має бути дотримана, проте навіть у разі її недотримання право як домовленість людей все одно буде правом, нехай і поганим та неефективним. Чим гірше воно буде за своєю якістю, тим швидше суб’єкт правотворення може його

змінити на нове правило (домовленість). Соціальний теза в контексті цієї проблеми був розглянутий нами в окремій статті [35]. З позиції ж співвідношення моралі і права важливіше звернути увагу на теза про відокремленість.

Табл. 1. Понятійний апарат юридичного позитивізму у відмежування інклюзивної/ексклюзивної його версії

Англо-американський юридичний позитивізм (Anglo-American Legal Positivism)		
	Теза про право як соціальний факт (Social Fact thesis)	Теза про розмежування права і моралі (Separation/-bility thesis)
<i>Інклюзивний</i> юридичний позитивізм (Inclusive Legal Positivism)	Теза про походження права (Pedigree thesis)	Теза про відокремлюваність права і моралі (Separability thesis)
<i>Ексклюзивний</i> юридичний позитивізм (Exclusive Legal Positivism)	Теза про [соціальні] джерела права (Social sources thesis)	Теза про відокремлення права і моралі (Separation thesis)

Теза про розмежування інклюзивні та ексклюзивні юридичні позитивісти також розуміють у різних формах: у випадку інклюзивного юридичного позитивізму мова йде про «тезу про відокремлюваність» (separability thesis), а ексклюзивного – «тезу про відокремлення» (separation thesis).

Всі юридичні позитивісти вважають, що необхідного зв'язку між правом і мораллю не існує. Отже норма є правовою незалежно від моральної оцінки її змісту. Тому правило будь-якого довільного змісту може бути правовим, а його несправедливість не є підставою для заперечення його правового характеру. При цьому зв'язок права і моралі не завжди *відсутній*, просто він може як існувати, так і не існувати в конкретній правовій системі.

Проте інклюзивні та ексклюзивні юридичні позитивісти розглядають цей зв'язок на різному рівні: перші на сутнісному рівні погоджуються, що в певних випадках цей зв'язок може існувати у вигляді застосування моральної аргументації як джерела права при вирішенні складних справ (стосовно засадничих універсальних положень людського життя).

Ексклюзивні ж позитивісти відкидають таку можливість. Проте згодні, що такий зв'язок між правом і мораллю існує в мовному (семантичному) сенсі – частина норм права колись була нормами моралі, тож може називатись однаково. Заборона крадіжки, шахрайства чи вбивства така сам правова, як і моральна. Так само право і мораль часто використовують однакову лексику та терміни (обов'язок, добросовісність, належна поведінка тощо) та структуру. І це є очевидними прикладами тісного зв'язку права і моралі, проте на цьому цей зв'язок закінчується, оскільки як тільки норма моралі стає правовою шляхом вираження волі законодавця, то втрачає свій моральний зміст.

Отже такий зв'язок продовжує існувати після юридизації норм моралі, а саме в тому, що мова моральних і юридичних правил подекуди може збігатись. Для них, як зазначає Дж. Раз, важливішою є логічна структура права, а всі інші елементи правового буття (соціальний контекст, цінності, що захищаються правом, психологічна взаємодія суб'єктів права) виходять за межі уваги. Моральні критерії не можуть бути ні достатніми, ні необхідними умовами для правового статусу норми, адже «існування і зміст

кожного закону повністю визначається соціальними джерелами [права]» [178, Р. 46].

На наш погляд, зв'язок між правом і мораллю так чи інакше існує завжди – ці два соціальні регулятори не те, що не завжди можна відрізнити, адже моральні норми часто дублюють приписи права, а і загалом історично взаємообумовлені. Проте з позиції практичної користі для розв'язання проблеми несправедливого закону інклюзивні позитивісти запропонували доволі дієвий інструмент. Хоча якщо мова йде про життя людини, то цілком зрозуміло як його застосовувати, менше зрозуміло якщо мова йде про свободу, врешті незрозуміло, коли мова йде про похідні речі, які можуть мати довгострокові негативні наслідки для цих категорій.

Судді, які звертатимуться до «мінімуму права природного в праві позитивного» мають доволі консервативно і обережно використовувати цей інструмент, щоб залишитись в межах теорії юридичного позитивізму. Враховуючи, що системи загального права мають прецеденти, а континентально – квазіпрецеденти, то еволюційне (розвиваюче) тлумачення норм права може значно розмити межу між інклюзивним юридичним позитивізмом та непозитивістськими теоріями.

Натомість ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм можна схвально оцінити за послідовність та захист ключових тез цього типу праворозуміння, але він так не спроможний відповісти на питання яким чином право може запобігти свавіллю політичної влади, які з «найкращих міркувань загального блага» можуть вдаватись до посягання на життя людини, наприклад, фізичного знищення окремих суспільно неприйнятних груп населення.

Висновки до підрозділу 1.3

1. Для сучасного англо-американського юридичного позитивізму центральною є постать – Г. Гарта, який у 60-х роках ХХ століття критично

переосмислив спадок Дж. Остіна та його попередників. В ключовій роботі Г. Гарта «Концепція права» (1961) він розбудовує теоретичну систему правил первинного (зобов'язальних, заборонних і уповноважувальних) і вторинного (зміни, визнання, правосуддя) порядку, пізніше доповнену нормами-принципами. На відміну від попереднього підходу до викладання у формі розгляду кейсів (прецедентів), Г. Гарт запропонував ґрунтовну теоретичну базу для осмислення природи права.

2. «Правила визнання» є засадничою нормою (*basic norm*) для Г. Гарта, яке водночас стає підставою дійсності (*validity*) норми права. Завдяки ньому певна норма права може «визнаватися» обов'язковим для суспільних груп в межах певної спільноти. Г. Гарт змінює погляд на підставу визнання права з теоретичної (не відсилає до вищої, засадничої норми, як це робить Г. Кельзен) на практичну, яка полягає в соціальній практиці визнання суб'єктами правозастосування чинної системи права як такої. Тобто якщо Г. Кельзен продовжує звертатись до метафізичних джерел права в обґрунтуванні свого аналітичного (нормативного) правила визнання, то Г. Гарт пропонує значно конкретнішу відповідь на питання підстави підкорення людьми праву. Соціальна поведінка суб'єкта правозастосування видається більш переконливою, аніж апріорі існуюча в кожному суспільстві Конституція (писана або неписана).

3. Питання можливості моральної оцінки чинного права призвела до поділу юридичних позитивістів на два напрями: *інклюзивного* та *ексклюзивного* юридичного позитивізму залежно від того, чи допускається така оцінка. Інклюзивні позитивісти уможливають застосування принципів права, що звернені до позанормативних моральних джерел, насамперед до «мінімуму природного права у праві позитивному» – права на життя – яке полягає в універсальному статусі для усіх суспільств. Саме це на їх думку допоможе запобігти свавілля політичних систем, які ухвалюють закони, що свавільно посягають на життя людини. Водночас така позиція зближує інклюзивний

англо-американський юридичний позитивізм та природно-правову теорію, розмиваючи межу між цими теоріями. Водночас ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм продовжує наполягати на праві як соціальній домовленості, яка за жодних умов не допускає моральну оцінку чинного права. Хоча принципи права вони теж визнали, якщо вони визначені чинним правом, а їх зміст уможливорює подальше розширене тлумачення судами.

1.4 Джозеф Раз як представник ексклюзивного юридичного позитивізму

Джозеф Раз (1939–2022) вважається одним із найвпливовіших теоретиків та філософів права сучасності. «Raz» є псевдонімом, що об'єднує прізвище його дружини та справжнє прізвище Джозефа – «**R**apport and **Z**altsman», а його батьки, етнічні євреї, емігрували на початку XX ст. до Хайфи з Російської імперії (радіше за все з сучасної території Західної України або Східної Польщі) [126, Р. 309-311]. Дж. Раз належить до класичної англо-американської правової традиції – він захистив свою докторську дисертацію (1967) під керівництвом Г. Гарта, викладав з 1972 р. в Оксфордському університеті і Королівському коледжі Лондона (Велика Британія) та з 2002 до 2019 р. в Колумбійському університеті (США).

У контексті досліджуваної проблеми праворозуміння ключовою роботою Дж. Раза є «Авторитет права: нариси про право і мораль (The Authority of Law: Essays on Law and Morality)» (1979, 2-ге вид. 2009) [178]. Він послідовно захищав позицію ексклюзивного юридичного позитивізму.

Поняття права. Дж. Раз вважав, що природа права може визначатись за посередництва поняття права (concept of law), проте ці явища є відмінними. Природна права є незмінною та існує в суспільстві незалежно від особи, яка його розуміє чи сприймає, водночас поняття права серед членів суспільства можуть бути різними, а також змінюватись плином з часу. В певних

суспільствах взагалі може не існувати поняття права, але право як явище безперечно існуватиме [176, Р. 332]. Тобто право існує як реальне соціальне явище незалежно від нашого наукового знання про нього і різні правові системи можуть мати різні поняття права, хоча природа права буде незмінною (однією). Таким чином, використання безлічі окремих дефініцій права не є перешкодою на шляху до побудови по-справжньому загальної теорії права під час осмислення правового досвіду інших культур, що дозволяє універсалізувати поняття права та виявити ту його модифікацію, що найближче відображає якомога більшу кількість його проявів. Таке поняття права й відображатиме природу права і слугуватиме підставою для загальної теорії права.

На противагу цьому важливо щоб в кожному суспільстві існували нормативні інститути правового характеру – питання їх назви можна винести за дужки. Дж. Раз стверджує, що «предметом інтересу значної частини науковців насправді є не поняття права, а саме його *природа*. Ці дослідники зосереджені на визначальних характеристиках права і те, яким чином право співвідноситься з іншими феноменами суспільного життя» – зауважує Дж. Раз [176, Р. 327]. З методологічних позицій він вважає, що нескінченні суперечки стосовно поняття права зайшли в глухий кут і є особисто для нього неконструктивним шляхом наукових досліджень.

Таке методологічне застереження є наслідком довгих безплідних дискусій в середовищі аналітичної філософії права, яка забагато уваги приділила питанням мови (про вплив аналітичної філософії з її інтересом до мовних аспектів йшла мова вище). З'ясування мовних аспектів права, наприклад, термінологічні аспекти прескриптивних висловлювань та їх семантичний вираз залежно від модальності (різниця між «бути зобов'язаним» та «мати обов'язок») для Дж. Раза є вторинним завданням науки. Саме тому ми зазначали вище, що з часом вплив аналітичної філософії на англо-

американський юридичний позитивізм послаблюється, а увага до лінгвістичних аспектів – тим паче.

Натомість Дж. Раз пропонує зосередитись на природі права. Він визначає право як *«систему керівних норм і рішень, яка претендує на вищу [юридичну] силу у певному суспільстві, а оскільки вона є ефективною, то й користується [в суспільстві] такою ж ефективною владою»* [178, Р. 43]. Згідно з тезою про соціальні джерела права така система походить від влади, а нормативною підставою для їх дотримання в суспільстві є ефективність самих норм і рішень (правил). При цьому право за будь-яких умов відокремлене від моралі, а моральна оцінка чинного права не допускається. Таким чином Дж. Раз формує теорію ексклюзивного юридичного позитивізму, в якій підставою нормативності права є не моральна оцінка чи навіть соціальна практика, а ефективність права як соціального регулятора, що має наслідком авторитет права. Також додамо, що державний примус для нього пов'язаний з ефективністю та авторитетом права – надалі ми продемонструємо як він намагається уникати державного примусу як визначальної складової права.

Як і будь-який інший юридичний позитивіст Дж. Раз вважає визначальною ідеєю тезу про соціальні джерела права (social thesis), тобто право визначається тим чи існує суспільна домовленість про право чи ні [178, Р. 37]. Він навіть стверджує, що це «відображено у самій назві «позитивізм», яка вказує на точку зору, згідно з якою право встановленим (posited), тобто результатом діяльності людини» [178, Р. 38].

Право і мораль. Дж. Раз вважає, що все право ґрунтується на джерелах, існування та зміст яких визначається суспільством через домовленості, що у встановленому порядку набувають характеру правових норм, без жодної оцінки з позиції ціннісного виміру – моралі [177, Р. 211]. Тобто право може бути встановлено, не вдаючись до моральних міркувань щодо бажаності чи

небажаності будь-якої людської поведінки або наявності будь-яких конкретних правових стандартів [180, Р. 4].

З метою обґрунтування тези про відокремленість права від моралі Дж. Раз стверджує, що *юридична заборона вчинення певних дій може існувати навіть у випадку, коли моральної заборони такої поведінки не існує*. Наприклад, може існувати нормативне регулювання на рівні місцевої влади, яким заборонено паркувати автомобіль на певному боці вулиці у конкретні години часу. Можливо в ці години необхідний безперешкодний доступ для комунальних служб, що чистять цю вулицю. Фактично ж вони можуть приїздити не кожен день, а заборона існуватиме постійно. Поставити автомобіль у заборонені години, знаючи, що сьогодні вулицю вже почистили або не чиститимуть взагалі, морально виправдано, проте незаконно [142, Р. 66]. Маємо зауважити, що для українського читача такі погляди не є новими, радше *очевидними*, адже вітчизняна традиція права достатньо детально розглядала питання співвідношення моралі і права, що менш характерно для країн загального права, де в контексті судової прецедентної практики це менш очевидна річ і потребує аналізу, що і зробив Дж. Раз.

При цьому Дж. Раз заперечує підхід інклюзивного юридичного позитивізму, який, серед іншого дозволяє моральним судженням визначати зміст права в процесі його тлумачення із застосування принципів права. Але це не означає, що він заперечує можливість існування норм-принципів чи норм-цілей поряд з нормами-правилами. Відмінність від позиції Г. Гарта та інших інклюзивних юридичних позитивістів полягає в тому, що *принципи права* попередньо мають бути визначені законодавцем у тексті норми права як інструмент подолання дефектів з чітким алгоритмом їх застосування суддею. При цьому, зважаючи, що мова йде про прецедентне право, то принцип може розвиватись шляхом судового тлумачення, але межі такого

розвитку (як довго воно залишається в межах юридичного позитивізму) з праць Дж. Раза незрозуміла.

Тобто демаркаційною лінією між англо-американським юридичним позитивізмом та іншими типами праворозуміння, насамперед природно-правовим підходом, є визначення джерела права, до якого звертається суддя – зсередини (тобто знаходить його у закріпленій в законодавстві нормі права, включно з нормами-принципами) або зовні (шукаючи його у власному уявленні про мораль, міркуваннях що є справедливим, а що ні). Адже в ексклюзивному юридичному позитивізмі немає місця для трансформації моральних принципів у правові, оскільки природа права впливає із соціальних фактів та особливих видів джерел права [177, Р. 202-203].

Дж. Раз належить до тих юридичних позитивістів, які в ім'я розмежування права і моралі наполягають на тому, що несправедливі закони можуть бути дійсними, навіть якщо люди не зобов'язані їм підкорятися з моральної точки зору. Це просто погане право, до того ж він не підтримує ідею універсальності прав людини і загалом схильний до морального скептицизму, тобто вирішувати чи право погане чи ні можуть різні групи суспільства по-різному. Складно уявити ситуацію, де однозначно суспільство вважало б право поганим. Відомим фактом є те, що суспільні настрої часто прихильні до смертної кари для воєнних злочинців чи гвалтівників неповнолітніх, тож в принципі можливість строкового засудження може сприймати як морально невиправдану і шкідливу правову норму. Погодимося, що це не означає, що таке бажання суспільство має стати правом.

Дж. Раз погоджується, що *певний зв'язок між правом і мораллю існує*, але не в процесі правосуддя. З позиції ексклюзивного юридичного позитивізму він вказує на зв'язок права і моралі в таких аспектах: 1) право за своєю природою є інститутом, який може бути використаний для реалізації

моральних цілей; 2) право за своєю природою є інститутом, який має моральну спрямованість (але будь-який соціальний регулятор є таким); 3) право за своєю природою є морально цінним інститутом (як і будь-який інший інститут, який дозволяє досягти моральних цілей, без якого вони не можуть бути досягнуті самі собою) [180, Р. 177]. Отже, норми моралі можуть бути предметом обговорення під час розв'язання соціальних проблем правовими засобами чи в ухваленні правових норм в цілому – законодавець часто в обговоренні законодавчих ініціатив звертається саме до моральних аргументів.

Проте така дискусія можлива винятково до моменту, допоки моральна норма не стає нормою права – з цього моменту вона втрачає свій моральний зміст. Він називає це *витісненням* (заміщенням) моралі правом (*exclusion by law*). Як приклад цього процесу він наводить договірне право – наприклад, принцип *pacta sunt servanda*, давно втратив свій зв'язок із моральними ідеями необхідності виконувати обіцянки. У практиці вирішення спорів, що виникають з договорів, сторони не апелюють до моральних категорій, адже встановлених юридичних засобів цілком достатньо для аргументації позицій. Дж. Раз вказує на те, що питання існування конкретних правових норм чи навіть правових систем завжди має вирішуватись в площині соціальних практик, і в жодному випадку – у площині відповідності моральним цінностям та принципам [180, Р. 189]. Таким чином якщо в позитивному праві розкрито зміст принципу права, включно з судовим прецедентом, який може містити як розширювальне, так і звужувальне тлумачення, то його застосування узгоджується з підходом ексклюзивного юридичного позитивізму.

На наш погляд проблемним аспектом такого підходу є обсяг позитивної норми – він в будь-якому випадку обмежений. Тож розширення чи звуження норми права під час тлумачення завжди буде критикуватись з позиції заперечення судового активізму. Доволі дивно, що Дж. Раз не згадує

в своїх роботах про опозицію еволюціоністських (evolutionism) та ориджиналістських (originalism) підходів в доктринах тлумачення права США. Адже всі аргументи, що стосуються задуму законодавця щодо Конституції США, у такому випадку застосовні і до задуму законодавця в ухваленні чинного законодавства. Ускладнюється теорія Дж. Раза тим, що законодавства є динамічним, на відміну від Конституції США, яка хоча і змінюється проте повільно. Власне, ми розуміємо критику юридичного позитивізму з боку Р. Дворкіна, який вважає англо-американський юридичний позитивізм слабкий у питанні тлумачення права [123], натомість він пропонує теорію інтерпретивізму (судового тлумачення), що задовольнив б прогалини суддівської, що лишає для нас англо-американський юридичний позитивізм.

Нормативність права – концепція «авторитету права». Для Дж. Раза умовою дійсності права (legal validity), як зазначалось вище, є його ефективність. Якщо Г. Гарт вів мову лише про соціальну практику, то Дж. Раз розвиває думку в бік того, що підставою визнання права є його *авторитет* (authority of law). Він говорить про визнання за правом авторитету в суспільстві, його авторитетністю як соціального регулятора, якому надається перевага поряд із іншими, адже суспільство обирає з-поміж інших нормативних систем саме право, а не мораль, релігію, норми етикету чи щось інше. Іншими словами – суспільство визначає ефективність права як регулятора суспільних відносин, що зумовлюється його дієвістю, тобто забезпеченням правом отримання певного блага для суспільства [177, Р. 219].

Навіть за умови втрати довіри до політичної влади або невизнання частини правових норм як таких, що сприяють цілям максимізації блага в суспільстві, право лишає за собою *авторитет* ефективного соціального регулятора. Як наслідок люди частіше підкорюються вказівкам за замовчуванням і тому вони є правовими, а не тому, що до них

застосовується / може застосовуватись державний примус. При цьому чим більш ефективним та цінним для суспільства є закон, тим більше у людини підстав слідувати йому, а не просто підкорюватись [177, Р. 343]. Своєю чергою інший юридичний позитивіст – Дж. Валдрон – розвиває ідеї Дж. Раза у концепції «самозастовної норми» (Self-Application Legal Norm), яка полягає в здатності та обов'язку людини визначати, тлумачити та застосовувати до себе норми права як складової публічної раціональності (участі в ній, тобто в житті суспільства) [197, Р. 96-102]. Адже особи, життя яких регулюється правом, розглядаються ним (правом) як раціональні агенти (thinkers), здатні досягнути та осмислити логіку цього регулювання і пов'язати її складним, але зрозумілим чином із власним баченням взаємозв'язку між своїми діями та цілями і діями та цілями держави [197, Р. 85]. Висловлювання Дж. Валдрона дозволяє зрозуміти, що ідею «авторитету права» неодноразово розвивали в подальших працях юридичні позитивісти.

Отже, за Дж. Разом, авторитет права полягає не в обов'язку підкорюватись нормативним приписам, оскільки вони є правом, а радше *спонукає людину визнавати право ефективним соціальним регулятором*, обирати його поміж інших (моралі, релігії тощо). Як наслідок він вважає, що суспільство підкорюється праву не завдяки *державному примусу*, а з власного переконання в його ефективності. Мета Дж. Раза полягає в обґрунтуванні того, що підкорення праву не має моральної природи і не полягає в площині «хорошої» чи «поганої» поведінки, а в тому, що люди з огляду на те, що право має соціальне джерело, обирають його, зважаючи на координаційну роль, яка ефективно врегульовує правовідносини без звернення до моралі як такої.

Державний примус в праві. З огляду на «авторитет права» як передумову ефективності Дж. Раз заперечує той факт, що наявність державного примусу є ключовим критерієм для розмежування норм права та інших

соціальних регуляторів. Таку позицію ми знаходимо в деонтологічній етиці І. Канта: різниця між моральним і правовим примусом І. Кант вбачає у тому, що в моралі індивід примушує себе сам, а в праві монополія на державний примус належить державі [153, Р. 85-86] (ідея, яку він фактично повторює за Т. Гоббсом і яка увійшла в масовий вжиток за переказом більш сучасного автора – М. Вебера з його державною «монополією на насильство»). А те, що Дж. Остін під санкцією розуміє саме державний примус, який є визначальною характеристикою права в питанні його ефективності, на той час було загальним місцем в теорії права.

Натомість Дж. Раз займає протилежну позицію – державний примус безперечно є складовою права, але не визначальною. Для того, щоб це обґрунтувати він пропонує мисленнєвий експеримент під назвою «суспільство янголів» (the society of angels) [181, Р. 159]. Назва цього експерименту відсилає до засадничого для американського конституціоналізму документа «Федераліста» Дж. Медісона – «Але що таке держава влада, як не найбільше відображення людської природи? Якби люди були *ангелами*, вона була б непотрібною. Якби *ангели* керували людьми, зовнішній чи внутрішній контроль був би непотрібним» [137, Р. 269].

Отже, Дж. Раз стверджує, що право може існувати без державного примусу. Щоб переконатися в тому, що *визначальним для людської поведінки чинити згідно з правом є не державний примус, а авторитет права*, розглянемо мисленнєвий експеримент, запропонований Дж. Разом [181, Р. 158-160]: «пропоную уявити світ, в якому проживають істоти, що вкрай схожі на людей, проте одна річ відрізняє їх суттєво від нас – їм не притаманні жодні прескриптивні норми, які б визначали їхню поведінку й при цьому були б забезпечені санкцією. Тобто для цих істот просто не потрібна загроза державного примусу, щоб вони підкорювались цим нормам. А тепер запитайте себе: чи потрібні цьому світу різні норми та інститути, подібні до

того, що ми називаємо правом у нашому світі? Відповідь – однозначно так. Навіть у світі, де немає потреби в санкціях, людям потрібні правила для вирішення значних проблем *координації*, а також *правила та інституції*, які б визначали, що потрібно робити, коли люди мають розумні розбіжності щодо їхніх спільних зусиль стосовно життя в суспільстві».

Іншими словами – «навіть серед ангелів може виникати необхідність у законодавчій владі, адже необхідно забезпечувати належну координацію дій. Ангели здатні повністю узгоджувати свої цінності з оптимальними методами їх втілення. Однак суспільство, про яке йшлося раніше, не передбачає такого рівня одностайності. Його учасники можуть прагнути до численних, часто несумісних цілей, і вони мають справу з тими ж проблемами, що й ми, коли намагаються мирно врегульовувати розбіжності та конфлікти інтересів. Вони відрізняються від нас лише спільною та міцно закріпленою повагою (*deep-rooted respect*) до своїх юридичних інститутів і повною відсутністю наміру ігнорувати їхні рішення. Отже, у них існують ті самі підстави, що й у нас, для створення законодавчої та виконавчої гілок влади. ... Водночас ми можемо уявити інших раціональних істот [цих ангелів], які можуть виступати суб'єктами права, які володіють і усвідомлюють, що володіють, більш ніж достатніми мотивами для дотримання закону, незалежно від будь-яких покарань» [181, Р. 159].

Тобто аргумент Дж. Раза полягає в тому, що навіть якби кожен у суспільстві хотів б дотримуватися правових норм, і, отже, державний примус у вигляді санкцій за порушення цих норм був би зайвим, все одно існувала б потреба в праві. Адже воно виконує насамперед координаційну роль, а правові інститут потрібні щоб правила створювати, змінювати і скасовувати. Отже, на думку Дж. Раза, *державний примус не є визначальною ознакою права*.

Тоді у нас виникає запитання: чим же тоді право відрізняється від інших соціальних регуляторів, якщо забезпечення права державним примусом не є визначальною лінією розмежування? Чи не є звичаї, релігійні норми чи

моральні теж правом? Адже вони також є результатом домовленості суспільства, мають загальнообов'язковий характер? На наш погляд, відповіді на це питання у Дж. Раза немає.

Тож залишається погодитись з думкою Р.П. Луцького, що «в сучасних реаліях загальносвітової демократизації суспільного життя загальнообов'язковість правових норм найбільш ефективно «підтримується» не стільки через можливість застосування державного примусу за їх порушення, скільки через соціокультурну складову їх змісту, яка і забезпечує усвідомлення суб'єктами права необхідності їх добровільної та корисної реалізації у відповідній формі» [41, С. 43]. Дж. Раз добре відображає таку тенденцію.

Зрозумілим є намір Дж. Раза – заявити, що державний примус в праві наявний, але не визначає його онтологічний (сутнісний) статус, оскільки є допоміжним (ancillary) для інших складових права. Але ж Дж. Раз просто хоче сказати, що у випадку протиправних дій, держава застосовує державний примус, проте навпаки здебільшого люди вчиняють правомірні дії, визнаючи авторитет права, який уможливорює ефективне досягнення цілей, які вони перед собою ставлять. Чи потрібен для обґрунтування такої нескладної позиції цілий мисленнєвий експеримент? Навряд чи.

До того ж неправові норми, наприклад, норми моралі чи релігійні норми, також містять санкції у разі їх недотримання, проте вони не є загальнообов'язковими з огляду на відсутність забезпечення примусовою силою держави. Тоді «суспільство янголів» насправді потребує не *права*, адже його члени не вчиняють правопорушень, не відступають від вимог права, а їх достатньо наявності лише *правил співжиття*, які можуть встановлюватись будь-яким соціальним регулятором за визначенням. Погоджуємось з думкою Б. Малишева щодо подібних аргументів – «намагання зменшити роль держави у здійсненні державного примусу під час розгляду питання про визначення права робить межі між правом і

мораллю нечіткими й аморфними», що унеможлиблює відрізнити та відмежувати предмет від всіх інших схожих предметів, адже функціональна особливість права (яка полягає у його забезпеченості авторитетом держави) є головною для відрізнення права від моралі [46, С. 202, 205].

Отже, в своєму намаганні продемонструвати право як результат домовленостей в суспільстві поза мораллю (чи замістивши/витіснивши моральні норми), якому надають перевагу люди у зв'язку із його ефективністю, Дж. Раз майже нічого не говорить про роль самого суспільства в цій діяльності – яким саме чином існує державний примус і чому він має загальний характер для всіх членів суспільства, а не лише релігійної організації, сім'ї чи корпорації. Попри такі аргументи, на наш погляд, все ж таки саме державний примус відрізняє право від інших соціальних регуляторів; він є невід'ємною складовою права і визначальною в питанні того, як забезпечити його загальнообов'язковість.

Висновки до підрозділу 1.4

1. Дж. Раз розвинув ідеї Г. Гарта та сьогодні є найвідомішим представником ексклюзивного англо-американського юридичного позитивізму. Він змістив фокус уваги з поняття права на його зміст, допустивши в такому підході той факт, що ми ніколи не зможемо домовитись про єдине визначення поняття права. Досліджуючи незмінну від суспільства до суспільства природу права йому вдалось сформулювати концепцію «влади права», зробивши акцент на координуючій функції права, відійшовши від розуміння державного примусу як визначальної підстави для підкорення нормам права на користь визнання її ефективності як соціального регулятора.

2. Дж. Раз детально звертається до питання інституту *державного примусу* в праві. «Авторитет права» Дж. Раза ґрунтується не на загрозі покарання, встановленого сувереном, а на його авторитеті в суспільстві. Люди

підкоряються праву не внаслідок страху покарання, а тому що вважають його найбільш ефективним, авторитетним, соціальним регулятором поведінки. Водночас за загальним правилом прийнято вважати, що ключовим критерієм для розмежування норм права та інших соціальних регуляторів є саме наявність державного примусу, тобто можливості застосувати норми права проти волі людей, які їм не підкорюються. Щоб переконатися в тому, що визначальним для людської поведінки чинити згідно з правом є не державний примус, а авторитет права, Дж. Раз пропонує мисленнєвий експеримент – «суспільство янголів». За його результатами він доходить висновку, що навіть у світі, де немає потреби в санкціях, людям потрібні правила для вирішення значних проблем координації, а також правила та інституції, які б визначали, що потрібно робити, коли люди мають розумні розбіжності щодо їхніх спільних зусиль стосовно життя в суспільстві.

3. Дж. Раз, впровадивши концепцією «авторитету права» у бажанні максимально розмежувати норми права та норми моралі, і назвавши державний примус другорядною, допоміжною (*ancillary*) характеристикою права, нехтує роллю суб'єкта застосування державного примусу – держави, яка через уповноважені органи вирівнює ситуацію між тими, хто обирає право і підкорюється йому, бо воно є ефективним та тими, хто з тих чи інших міркувань порушує його приписи. Його заперечення державного примусу як визначальної складової права щодо інших соціальних регуляторів є слабким. Врешті він залишає без відповіді як досягти загальнообов'язковості, якщо люди вдаються до протиправних дій.

1.5 Кеннет Хімма та роль державного примусу в праві

Кеннет Хімма (Kennet Einar Himma) (н. 1957) присвятив докторську дисертацію принципам права – «The Status of Legal Principles» (2021), в якій він розвиває ідеї інклюзивного юридичного позитивізму. Його концепція

праворозуміння розгорнута у трьох ключових роботах: поняття права він розглядає в «Моралі та природа права (Morality and the Nature of Law)» (2019) [145]; авторитет права як підставу нормативності права у роботі «Природа авторитету (The Nature of Authority)» (2025) [143], а роль державного примусу в праві в однойменній роботі «Примус та природа права (Coercion and The Nature of Law)» (2020) [144] .

Мораль і право. Як інклюзивний юридичний позитивіст К. Хімма стверджує, що право і мораль концептуально відокремлені: дієвість (validity) норм права не обов'язково залежить від їхньої моральної якості. Водночас, зв'язок між мораллю та правом можливий: мораль може впливати на створення, інтерпретацію чи застосування права (наприклад, судді можуть керуватися моральними принципами), але це не є концептуальною необхідністю. К. Хімма підкреслює, що право виконує функцію керівництва поведінкою (guidance function), і мораль може бути частиною цього в деяких системах, але не в усіх.

К. Хімма відкидає теорії природного права (від В. Блекстона до Р. Дворкіна), згідно з якими несправедливий закон не є справжнім правом, аргументуючи, що несправедливі норми можуть бути дієвими на основі звичайних мовних практик і *концептуального аналізу*. Філософський *концептуальний аналіз* спрямований на обґрунтування тверджень про те, що є істинною про право у кожному можливому світі (методологічний підхід аналітичної філософії – «множинні світи» використовуються для позначення модальних тверджень). Завдяки його застосуванню схематизують й організовують в узагальненій формі людський досвід [76]. Концептуальний аналіз є одним із центральних методів аналітичної філософії, який передбачає роз'яснення та уточнення понять (концептів) через їхню декомпозицію, логічну формалізацію або вивчення мовного вжитку та логічних зв'язків.

Тобто К. Хімма частково повертається до лінгвістичної філософії, при цьому зосереджуючись на дескриптивному описі права, і стверджує, що англо-американський юридичний позитивізм краще узгоджується з лінгвістичними конвенціями. Як ми вже зазначали, цей автор належить до «надсучасного» періоду англо-американського юридичного позитивізму, який пропонує нові лінії аргументації та нові концепції в межах цієї традиції, зокрема у випадку К. Хімми звертається до методу *концептуального аналізу* аналітичної філософії.

На наш погляд метод концептуального аналізу або як його називає сам К. Хімма «поміркованого концептуального аналізу» (*modest conceptual analysis*) добре пасує юридичному позитивізму, адже розбиває складні поняття на частини безвідносно до історичного чи соціального контексту. Проте він має більш «технічний» підхід, звернений до проблем логіки та мови, що позбавлено сенсу застосовно до явищ права. Адже тут немає експерименту чи проблем модальних суджень з якими звикла мати справу аналітична філософія. Тож врешті складається враження, що він перетворює теорію права на лінгвістичну гру.

Проте повернімось до поглядів К. Хімми на зв'язок права і моралі. Він вважає, що певні правові системи можуть включати мораль як підставу правила визнання. Право може включати позаправові джерела, на кшталт моралі, що обмежується питанням загрози людському життю (в цьому К. Хімма погоджується з «мінімальним змістом права природного в праві позитивному» Г. Гарта, що притаманний будь-якій правовій системі). К. Хімма пропонує розглянути існування можливого світу, в якому люди є морально *безпомилковими*, але не морально *бездоганними*. Під цим він має на увазі, що кожен знає, як правильно вчинити в кожній ситуації, але його воля не завжди достатньо сильна, щоб вчинити правильно.

Правило визнання цього суспільства полягає в тому, що лише правильні моральні норми визнаються правом, а оскільки всі є морально

бездоганними, то цього достатньо, щоби визначити які норми є правовими. Для того, щоб ці моральні норми стали правом для юридичних позитивістів, вони повинні бути підкріплені соціальним тиском (social pressure). При цьому знання як вчинити правильно не означає, що людина вчинятиме правильно (на відміну від «суспільства янголів» Дж. Раза, які є і морально безпомилковими, і морально бездоганними: тобто, завжди роблять те, що є правильним). Детальніше про ці аспекти ми згадували в окремій статті, присвяченій ідеям К. Хімми [38].

На наш погляд такі аргументи К. Хімми мало чого додають до основних положень інклюзивного юридичного позитивізму. Але цінність його внеску у тому, що він радше намагається шляхом повернення до лінгвістичної філософії заперечити Дж. Разу щодо допоміжної ролі державного примусу в праві. Для цього він звертається до модальних множинних світів аналітичної філософії (поняття можливого світу використовується у філософії та логіці для формулювання модальних тверджень – часових, просторових тощо).

Новизна його поглядів полягає в тому, що він допускає мораль не лише до принципів права, а й в певних випадках до самого правила визнання – підстави дієвості (валідності) правової системи. Хоча шлях для цього – розрізнення моральної бездоганності і безпомилковості, нам видається непереконливим.

Поняття права. Для К. Хімми право є «артефактом» (an artifact) [146]. Це означає, що право є цілеспрямованим об'єктом, адже воно умисно створюється з певною метою (цілями). Правові норми та система законодавства є артефактами, оскільки вони є штучними об'єктами, що використовуються людьми для регулювання поведінки, посередництва у вирішенні спорів, сприяння соціальній координації тощо [144, Р. 81]. За його словами засаднича проблема, для вирішення якої необхідна правова система, як показує аналіз Т. Гоббса, полягає у збереженні миру між

раціонально компетентними егоїстичними суб'єктами, такими як ми, у світах з гострим матеріальним дефіцитом, як наш, тому що на практиці мир у нашому світі неможливо зберегти без правової системи [144, Р. 86].

На думку К. Хімми, основним призначенням правової системи є підтримання миру в суспільстві (to keep peace in a given society) [144, Р. 81-91]. Це і є мета, заради якої створюється і підтримується право. При чому розуміння «миру» цілком можна ототожнити із порядком, тобто правопорядком. Для підтвердження цього він уточнює правило визнання Г. Гарта – норми правової системи повинні дотримуватись більшістю її суб'єктів більшу частину часу (must be obeyed by most of its subjects most of the time) [141, Р. 116-117].

К. Хімма стверджує, що наша основна причина бажання мати правову систему є пруденційною (розсудливо обумовленою): ми знаємо, що раціонально компетентні приватні суб'єкти, такі як ми, не можуть жити разом і отримувати вигоду від соціальної співпраці у світі гострого матеріального дефіциту, як наш, без інституційної нормативної системи, яка ефективно забороняє певні небажані дії, і в пруденційних інтересах кожного – запобігати достатній кількості таких дій, щоб ми могли жити разом у суспільстві [144, Р. 135]. Тобто люди в суспільстві зацікавлені у підтримці миру і порядку, отже створюють право як соціальний артефакт. Таки стан речей він називає *функціональною нормативністю* права.

Як зазначає К. Вудсбері-Сміт «функціональна нормативність права полягає в тому, що воно є нормативним у тому сенсі, що фактично надає суб'єктам підстави дотримуватися обов'язкових для себе норм» [199]. Таким чином для К. Хімми невід'ємною умовою чинності права є визнання суспільством такої системи норм як підстави загальнообов'язкової поведінки, що дозволяє досягти *підтримання миру* в суспільстві (правапорядку).

Державний примус в праві. Оскільки артефакти є цілеспрямованими, пише К. Хімма, вони обов'язково мають *концептуальну функцію*, або мету,

заради якої артефакт створено. Концептуальна функція артефакту, своєю чергою, визначається його *функціональною нормативністю*, або тим, для чого об'єкт повинен бути здатний використовуватися, щоб його можна було належним чином позначити як певний артефакт [144, Р. 77-79].

Як приклад він наводить існування «плоских викруток» (викруток з плоскою голівкою). З одного лише спостереження можна зробити висновок, що вони мають щонайменше два типові застосування: закручувати і викручувати шурупи з плоскою головою та відкривати банки з фарбою. Яке типове використання є *концептуальною функцією* для таких викруток? Певне, що закручування і викручування шурупів з плоскою головою. Не тільки тому, що це те, для чого вони зазвичай використовуються, але й тому, що це те, для чого вони створені. Зрозуміло, що *функціональна нормативність* викрутки – це закручування і викручування шурупів з плоскою головою. Це означає, що якщо щось виглядає як викрутка, але не здатне функціонувати таким чином, то воно не має права називатися «викруткою з плоскою головою» – навіть якщо воно здатне відкрити цю саму банку з фарбою.

Інший приклад К. Хімми – поняття «холостяк» (bachelor). Для того, щоб бути холостяком необхідно водночас бути 1) неодруженим, 2) дорослим і 3) чоловіком. Водночас існує безліч інших властивостей, якими наділені холостяки, проте неможливо ним бути, якщо не виконати три згадані критерії. К. Хімма зазначає, що властивість бути неодруженим є частиною природи холостяцтва (bachelorhood) – за аналогією з цим властивість дозволяти примусові санкції за недотримання певних обов'язкових норм, що регулюють поведінку, є частиною природи права. Тож якщо право не передбачає примусових санкцій за недотримання таких обов'язкових норм, то воно і не може називатись правом, хоча може мати безліч інших властивостей, наприклад, координацію дій інших або надання моральної оцінки певним фактам [144, Р. 25].

Цей аргумент висловлено як критику ексклюзивного юридичного позитивізму Дж. Раза, з чим ми не можемо не погодитись. Дійсно, у Дж. Раза право координує суспільство, проте позбавлено своєї невід’ємної ознаки – державного примусу. Можливо це брак мисленнєвих експериментів аналітичної філософії, які мають справу з ідеальним уявленням про людину, правосвідомість якої не дозволяє вчиняти протиправні дії. Проте емпіричний аналіз злочинності швидко ставить все на свої місця – зважаючи на поширеність злочинних дій складно стверджувати, що державний примус виконує лише допоміжну роль, а не основу. Що вже казати про протиправні дії з меншим рівнем суспільної небезпеки, стримувальним фактором в яких також є страх покарання (відповідальності).

До того ж поняття державного примусу в праві є значно ширшим, ніж питання санкцій. Санкція охоплює як застосування покарання, так і загрозу їх застосування. При цьому державний примус, окрім санкцій, включає в себе також «стримування» (deterrence) від неправомірної поведінки, яке може охоплювати широке коло засобів. Наприклад, це може бути заохочувальний механізм, схожий на теорію «підштовхування» (Nudge Theory) або «м’якого патерналізму» (Soft Paternalism) в поведінковій економіці [194]. Замість того щоб карати людину за неправильні дії, можна просто «підштовхнути» людину до правильних дій – обмеживши фізичний простір, змінивши структуру відносин, прибравши спокуси вчинення неправомірних дій тощо. Інший приклад – схвалені суспільством соціальні програми, як зазначає Д. Севрюков, цитуючи А. Грамші, на противагу непопулярним поліцейським заходам можуть стати передумовою для ефективною реалізацією державою своєї соціальної функції [75, С. 64]. Таким чином К. Хімма ніби повертається до державного примусу як визначальної характеристики права (яку Г. Гарт і Дж. Раз всіляко хотіли

уникнути на користь авторитету права), але пропонує зовсім інший широкий погляд на державний примус в праві.

К. Хімма називає це *тезою про державний примус* (Coercion Thesis), відповідно до якої санкціонування механізмів державного примусового виконання (coercive enforcement mechanisms) є концептуально необхідною ознакою правової системи [144, Р. 47]. Загалом державний примус є центральною ознакою будь-якої правової системи [144, Р. 67-69]. Тобто функція правової системи полягає в тому, щоб керувати поведінкою, кінцевою метою якої є збереження миру, і що, враховуючи особливості наших обставин і людської природи, цього можна досягти лише шляхом застосування державних примусових санкцій (coercive sanctions) [144, Р. 73]. Лише такі санкції «забезпечують нові, незалежні від змісту, об'єктивні причини, що спонукають до дотримання обов'язкових правових норм, які забороняють соціально небажані дії» [144, Р. 122]. Тому не дивно, зазначає К. Хімма, що державний примус (санкції) «повсюдно поширені в існуючих правових системах» [144, Р. 70].

Слушним є запитання – що ж оригінального є у наукових поглядах К. Хімми? Задовго до нього вже було встановлено, що державний примус є визначальною характеристикою права. Сам К. Хімма пояснює, що різниця поглядів полягає в тому, що вся позитивістська традиція до Дж. Раза традиційно спиралась на думку, що *кожна* норма права забезпечена примусовою силою санкції, що обумовлювала її обов'язковість [144, Р. 231]. Натомість в юридичному позитивізмі Г. Гарта чи тим паче Дж. Раза (К. Хімма приділяє цілу главу книги для критики його мисленнєвого експерименту «суспільство янголів») мали місце намагання уникнути теми державного примусу і надавати значення, насамперед, правилам первинного і вторинного порядку та їх визнання суб'єктом правозастосування. До того ж Г. Гарт стверджував у контексті обговорення міжнародного права, що «не існує усталених принципів, які б забороняли

використання слова «право» щодо систем, де немає централізовано організованих санкцій...» [141, Р. 199]. А Дж. Раз стверджує, що «суспільство янголів могло б мати потребу в правилах, але не мати потреби в санкціях, і ця система все одно виправдовувала б назву «право»» [181, Р. 159-160].

На противагу цьому К. Хімма зазначає, що правова система без санкцій не здатна підтримувати мир між раціонально компетентними зацікавленими суб'єктами, такими як ми, в умовах гострого матеріального дефіциту, як у нашому світі; вилучить усі санкції з будь-якої правової системи в нашому світі, не замінивши їх іншими нормами, підкріпленими санкціями, і кінцевим, якщо не негайним, результатом стане війна всіх проти всіх [144, Р. 239].

На наш погляд, теорія К. Хімма цікава з позиції методологічного намагання переосмислити Дж. Раза з його «атакою» на державний примус, применшення його ролі в праві, фактично зведення нанівець. Проте той складний каскад аргументів, які наводить К. Хімма – від концептуального аналізу до функціональної нормативності – є надто складним шляхом для того, щоб сказати доволі очевидні речі. Звісно, що державний примус є іманентною, невід'ємною складовою права, що уможливорює його нормативну силу порівняно з іншими соціальними регуляторами, якими послуговується суспільство. Чи варто приділяти стільки часу, щоб довести протилежне, при тому що аргументи Дж. Раза є доволі непереконливими? Це риторичне питання...

Висновки до підрозділу 1.5

1. К. Хімма є представником «надсучасного» англо-американського юридичного позитивізму, який з позиції інклюзивного позитивізму повертається до класичної дискусії про роль державного примусу в праві та захищає погляд, відповідно до якого державного примусу і санкціям

належить центральне місце у визначенні поняття права. Як інклюзивний юридичний позитивіст, К. Хімма підтримує ідею моральних принципів права за певних умов, запропонованої Г. Гартом і робить крок вперед – допускає роль моралі у визнанні правових норм суспільством.

2. К. Хімма стверджує, що право за своєю природою є примусовим (law is inherently coercive), тож він заперечує спробу Г. Гарта у відповіді на питання підстав нормативності права замінити державний примус на соціальну практику та Дж. Раза на авторитетність права. Він відкидає мисленнєвий експеримент «суспільство янголів», стверджуючи, що ми не можемо застосовувати такий експеримент до суспільства, в якому людська природа є негативною (в стилі Т. Гоббса) та схильною до насилля.

3. Отже К. Хімма повертається до засадничого тези Дж. Остіна, в якій державний примус (санкції) є способом забезпечення права. Цікавою є спроба шляхом повернення до ідей аналітичної філософії обґрунтувати теза державного примусу в праві, проте навряд чи для цього потрібно вдаватись до таких складних інструментів. Фактично К. Хімма постулює очевидну річ – право за своєю природою є примусовим, а наявність державного примусу уможливорює його нормативність і відділяє від інших соціальних регуляторів. При цьому він пропонує ширший погляд на державний примус – не лише як на фізичну силу – а й заходи стимулювання і заохочення.

1.6 Скотт Шапіро та «планувальна» теорія права

Скотт Шапіро (Scott J. Shapiro) викладає в Єльському університеті на позиції професора права і філософії. Його погляди та проблему праворозуміння можна знайти у ключовій праці «Правність» (Legality) (2011) [188], в якій він запропонував власну «планувальну теорію права» (planning theory of law) або ж «теорію соціального планування права» (social planning theory). «Правність» сьогодні перекладена трьома мовами та ще два переклади готуються до публікації [189].

Запропонований нами переклад назви книги «legality» словом «правність» на противагу більш усталеному «законність» чи менш вживаному «легальність» здійснено з двох міркувань. По-перше, слово «законність» має низку коннотацій в українській правовій традиції, здебільшого пейоративних (негативних за змістом). З огляду на це, простий переклад ключової праці С. Шапіро як «законність» одразу формує в українського читача небажане упередження до змісту цієї праці. По-друге, як зазначає С. Головатий слово «правність» притаманне для української правничої науки, особливо дорадянського періоду. Мова йде про наявність юридичних підстав, узгідненість (узгодженість) із приписами права, законність (у широкому значенні) тощо [12, С. 882].

Поняття права. «Планувальна теорія» права С. Шапіро є новою спробою зрозуміти природу права через призму спільних дій. Це не тільки амбітна концепція, але й важливий крок у напрямку розвитку досліджень на перетині між філософією та теорією права і соціальною онтологією.

З філософсько-методологічних позицій С. Шапіро спирається на «*планову теорію наміру*» (planning theory of intention) М. Братмана (Michael Bratman) [113]. Ця теорія як частина філософії дії розглядає *наміри* не просто як бажання чи переконання, а як *плани*, які допомагають агентам (людям) організовувати свої дії в часі, забезпечуючи раціональність, стабільність і самоконтроль. Теорія Братмана пояснює, як люди як раціональні агенти справляються з обмеженими ресурсами (часом, увагою), плануючи дії. А застосовно до права, – послідовність намірів як підстава раціональних дій членів суспільства, які здатні об'єднуватись для досягнення суспільних цілей [165, Р. 1050-1053]. На думку Р. Мелліна застосовуючи теорію Братмана до права С. Шапіро зміщує методологічний фокус традиційної аналітичної юриспруденції з дослідження природи правових норм на групи та спільні дії, які їх створюють [166, Р. 4].

Основний аргумент С. Шапіро полягає в тому, що правову діяльність найкраще розуміти як соціальне планування і що правові норми самі по собі є *планами* (plans) або *планоподібними* (planlike) нормами [188, Р. 120]. Правові інститути існують для планування життя спільнот, стосовно яких вони здійснюють владу двома шляхами: насамперед, вказуючи членам таких спільнот, що вони можуть чи не можуть робити, а також шляхом визначення тих осіб, які мають право впливати на те, що інші можуть чи не можуть робити. Відповідно до цього твердження, правові норми самі по собі є узагальненими *планами* або *планоподібними* нормами, сформульовані тими, хто уповноважений планувати для інших. А судовий розгляд передбачає застосування цих *планів* або *планоподібних* норм до тих, кому вони адресовані. Отже, право організовує індивідуальну і колективну поведінку таким чином, щоб члени спільноти могли досягти моральних благ, які не могли б бути досягнуті або були б досягнуті в інший спосіб [188, Р. 155].

Справа в тому, зазначає С. Шапіро, що людям надзвичайно дорого і ризиковано вирішувати свої соціальні проблеми самотійно, через імпровізацію, спонтанний порядок чи приватні домовленості, або спільно, через консенсус чи персоніфіковані форми ієрархії [188, Р. 172]. Натомість плани зменшують витрати на обговорення в умовах невизначеності: обставин, за яких відповідні актори (люди) стикаються зі складністю, суперечливістю та свавіллям спільного життя через суттєві моральні розбіжності між людьми, невизначеність щодо більш доцільних способів досягнення певної цінної мети тощо. За допомогою тези про соціальне планування С. Шапіро не лише стверджує, що юридична діяльність є діяльністю планування; він також наголошує на тому, що це діяльність *соціального* планування – вона визначає *спільні для суспільства стандарти поведінки* [188, Р. 203]. Це і є право (у сенсі «правова система») – планова організація (planning organisation). Правові інститути покликані допомогти

громадам подолати складність, суперечливість і свавілля суспільного життя, вирішуючи ті соціальні проблеми, які не можуть бути вирішені або вирішуються лише неправовими засобами [188, Р. 171].

Ми погоджуємось, що правові норми можна охарактеризувати як своєрідні плани. Адже С. Шапіро розглядає правові системи як ієрархічні структури «планів для планів» (plans for plans), де норми права – це спільні плани, створені для розв'язання моральних проблем через імперсональну організацію поведінки, враховуючи обмежену раціональність людей, конфлікти інтересів та брак довіри. Таким чином він пояснює одночасно і підстави нормативності права (як право виникає, функціонує та претендує на авторитет), при цьому не звертаючись до моральних оцінок як необхідної частини визначення права.

«Планувальна теорія» цілком зрозуміла, враховуючи теза соціальних джерела права, притаманний юридичному позитивізму, тим паче ексклюзивного напрямку. Ця теорія має ширший філософський контекст, пов'язуючи юриспруденцію з філософією дії, штучного інтелекту та комп'ютерних наук, де планування – ключове поняття. При цьому для теорії права навряд чи містить нові ідеї, адже інтерпретує теорію Дж. Раза дещо іншими словами – замість ефективних норм права, що мають авторитет в суспільстві, ми маємо плани або планоподібні норми, які уможливлують досягнення цілей суспільного життя – отримання певного блага шляхом вчинення правових дій.

Мораль і право. Як ексклюзивний юридичний позитивіст, С. Шапіро стверджує, що існування і зміст права залежать лише від соціальних фактів і ніколи не залежать від моральних фактів [188, Р. 178]. Це, однак, не означає, що мораль не відіграє жодної ролі в його аналізі природи права. Правові системи, які С. Шапіро розглядає як «високорозвинені організації планування», вирішують «моральні проблеми» [188, Р. 170], правові концепції «також повинні бути моральними», право характеризується як

таке, що «обов'язково має моральну мету» [99, Р. 299]. Тобто чинне право не підлягає моральній оцінці, адже С. Шапіро перебуває на позиція ексклюзивного юридичного позитивізму, водночас воно має моральну мету. Що під цим має на увазі С. Шапіро?

Моральна мета (Moral Aim Thesis) полягає в тому, що право має конститутивну моральну мету: надавати морально добрі рішення для морально значущих соціальних проблем у ситуаціях, коли інші, менш формальні способи керування поведінкою (наприклад, неформальні норми чи консенсус) є недостатніми. С. Шапіро формулює це як фундаментальну мету юридичної діяльності – виправляти моральні недоліки обставин легальності. При цьому така мета не залежить від того, чи право фактично досягає моральних результатів: несправедливі режими подібні до «зламаних годинників», які не виконують своєї мети, але все ж є годинниками. Таким чином він захищає засади ексклюзивного юридичного позитивізму, відповідно до яких морально дефектне право не втрачає свого онтологічного статусу права.

Для того, щоб проілюструвати таку теорію, С. Шапіро наводить приклад організованої злочинності – мафії (як японська Якудза чи Сицилійська мафія) [188, Р. 215]. Мафія може бути інституційною організацією, яка здійснює планування у формі правил і при цьому застосовує державний примус. Проте її мета геть не узгоджується із мораллю, адже полягає у вчиненні поганих речей, що не сприяють загальному добробуту суспільства, а навпаки шкодять йому. Призначення мафії – вчиняти протиправні дії, що не узгоджуються з призначенням права в суспільстві.

Отже, моральна мета доповнює «планувальну» теорію права С. Шапіро, розв'язуючи проблему екстенсивної неадекватності, – без неї було б неможливо відрізнити право від неправових примусових планів. Моральна мета робить теорію сумісною з юридичним позитивізмом (існування права ґрунтується на соціальних фактах, а не моральних), але додає моральний

акцент: право існує для розв'язання моральних проблем, хоча його зміст не обов'язково моральний. Такий погляд є новим для юридичного позитивізму.

На наш погляд, позицію С. Шапіро складно охарактеризувати саме як ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм, хоча сам від себе відносить саме до цієї течії. Теза про моральну мету права утворює надто сильний зв'язок між нормами права і моралі, а планувальна теорія недостатньо чітко пояснює чи може в ході планування суспільство обмежитись соціальними фактами, чи все ж має звертатись до моральних норм. Якщо логічно розвинути теорію С. Шапіро, то виходить що неправові норми, які позбавлені моральної мети, не є правом – саме про це говорять Т. Аквінський та Г. Радбрух, а з ними і всі прихильники теорії природного права. Якщо право, позбавлене моральної мети, не має статусу права, то це нічим не відрізняється від несправедливого закону, який не є правом, оскільки не узгоджується з моральними нормами. Якщо позбавлені моральної мети правила, що створює мафія не є правом, то «нацистське право» також не повинно бути ним.

Врешті це конфліктує з ідеєю права як нейтрального інструменту, подібного до, наприклад, молотка, який можна використовувати для різних цілей. Молоток може виконувати як основну функцію, так і інші, непристосовані для цього, а «зламаний годинник» – ні, адже він не показує правильний час, він є морально дефектним. Вбачаємо тут суперечливість і непослідовність поглядів С. Шапіро, адже в обох прикладах моральну мету неможливо відрізнити від моральної оцінки чинного права.

Державний примус в праві. Стосовно державного примусу С. Шапіро стверджує, що суть полягає в тому, що кожного разу, коли закон належним чином вирішує певну соціальну проблему, він робить це тому, що, враховуючи поточні соціальні умови, альтернативні методи планування є певним чином недосконалими. Таким чином, коли право потрібне для

боротьби з поганою поведінкою, це відбувається тому, і тільки тому, що державний примус має існувати в умовах відсутності досконалих форм соціального планування [188, Р. 175].

Тобто примус існує лише тому, що норми права є недосконалими. Тому не дивно, що С. Шапіро повторює думку Дж. Раза, відповідно до якої державний примус не є сутнісною (*essential*) характеристикою права. Концептуально можлива правова система без державного примусового виконання (*coercive enforcement*), наприклад, у гіпотетичному суспільстві морально досконалих істот (як в «суспільстві ангелів» Дж. Раза), де люди дотримуються норм добровільно, без загрози санкцій. У таких умовах право все одно виконувало б функцію *планування* та керівництва, але без потреби в державному примусі.

Проте він згоден, що хоча державний примус не обов'язковий для існування права як такого, його відсутність робить систему *менш ефективною* в умовах людської недосконалості (*fallibility*), де люди схильні до помилок, егоїзму чи незгоди. Тому в реальних системах державний примус є поширеним і практично необхідним для забезпечення дотримання планів. Підставами для цього є як недосконалість норм, так і людської природи.

Державний примус, за С. Шапіро, слугує інструментом для стабілізації спільних планів: він мотивує дотримання норм через загрозу покарання, особливо коли моральні чи соціальні стимули недостатні. Однак державний примус не є єдиним механізмом виконання – С. Шапіро розвиває ідею «*outcasting*» (виключення з благ, як у міжнародному праві) [190], де виконання відбувається без фізичного державного примусу, через позбавлення переваг (наприклад, виключення з торгівлі чи спільноти). Це показує, що право може бути ефективним без традиційного державного примусу.

Таким чином погляд на державний примус С. Шапіро наближений до ексклюзивного юридичного позитивізму Дж. Раза, тож критика висловлена

нами в його бік цілком застосовна і до цього автора. «Планувальна теорія» споріднена з концепцією «авторитету права» в питаннях державного примусу як складової права. Він додає нові аргументи, наприклад, в галузі міжнародного права, де ізоляція без фізичного державного примусу може стимулювати певну поведінку. Своєю чергою ідея стимулювання вже зустрічалась у К. Хімми і може розглядатись крізь призму його розуміння державного примусу в праві.

Висновки до підрозділу 1.6

1. С. Шапіро пропонує «планувальну теорію права» (planning theory of law), яка розглядає правову систему як форму соціального планування, де норми права – це плани, створені для вирішення складних соціальних проблем через координацію дій. С. Шапіро стверджує, що правові системи – це інструменти для складного, безособового соціального планування, а закони – це плани або планоподібні норми, спрямовані на розв'язання моральних проблем, які неможливо вирішити без права (наприклад, координація дій у складних суспільствах з обмеженою раціональністю та довірою). Закони – це не просто абстрактні правила, а динамічні, ієрархічні структури, подібні до повсякденних планів (наприклад, рецептів чи стратегій), але адаптовані для масової спільної діяльності (shared agency).

2. С. Шапіро намагається узгодити моральну мета права (Moral Aim Thesis) та ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм. Він вважає, що несправедливі режими подібні до «зламаних годинників», які не виконують своєї мети, але все ж є годинниками. Або існування правил, встановлених мафією, які можуть мати ознаки права, проте призначення мафії – вчиняти протиправні дії, що не узгоджуються з призначенням права в суспільстві. Тобто право існує для розв'язання моральних проблем, хоча його зміст не обов'язково моральний. Такий погляд є новим для юридичного позитивізму. Проте, на наш погляд, це означає, що неправові

норми, які позбавлені моральної мети, не є правом. Про те ж саме про це говорять Т. Аквінський та Г. Радбрух, а з ними і всі прихильники природного права. Якщо право, позбавлене моральної мети, не має статусу права, то це нічим не відрізняється від несправедливого закону, який не є правом, оскільки не узгоджується з моральними нормами. В цьому аспекті погляди С. Шапіро є неузгодженими та суперечать юридичному позитивізму.

3. В ставленні до ролі державного примусу в праві позиція С. Шапіро суттєво повторює погляди ексклюзивного англо-американського юридичного позитивізму Дж. Раза – державний примус не є визначальною характеристикою права. Він додає нові аргументи, наприклад, в галузі міжнародного права, де ізоляція без фізичного державного примусу може стимулювати певну поведінку. Або те, що державний примус є наслідком недосконалості норм права – ніби від зміни якості правового регулювання люди перестали б вчиняти протиправні дії. Проте всі слабкі сторони поглядів на державний примус, притаманні Дж. Разу, насамперед стосовно його допоміжної функції, справедливо застосовні і до С. Шапіро.

ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО РОЗДІЛУ

1. Англо-американський юридичний позитивізм розглядає право як морально нейтральний соціальний регулятор, базований на емпіричних спостереженнях чинного права, без звернення до метафізики чи ідеального права, до якого прагнуть. При цьому право для юридичного позитивізму слугує інструментом раціоналізації поведінки в суспільстві, а звернення до моралі може бути шкідливим, виправдовуючи негативні практики (на кшталт тоталітарних режимів XX ст.); тож позитивісти часто займають інструментальні, морально-нейтральні позиції, уникаючи моральних оцінок.

2. Англо-американський юридичний позитивізм поділяється на два напрями: 1) інклюзивний, м'який (допускає моральні норми в окремих випадках); 2) ексклюзивний, жорсткий (виключає мораль за будь-яких умов). При цьому центральним питанням для нього співвідношення моралі та права – хоча між ними немає необхідного зв'язку, але точок перетину безліч. Тому всі позитивісти досліджували взаємозв'язок моралі та права, джерела нормативності права та роль державного примусу як гарантії дотримання норм права.

3. У вітчизняній юридичній науці добре досліджено класичний позитивізм (Дж. Остін, Г. Гарт), але менше уваги сучасним авторам (Дж. Раз, К. Хімма, С. Шапіро), зокрема через брак перекладів. При цьому в навчальній літературі ситуація гірша – виклад юридичного позитивізму обмежується Г. Кельзенем, рідше – Г. Гартом. Водночас ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм та надсучасні автори (які наразі працюють і пишуть, а основні роботи опублікували після 2000х) – не розглядаються.

4. Англо-американський юридичний позитивізм має тісний зв'язок з аналітичною філософією права, яка в свою чергу постала із застосування ідей аналітичної філософії до права. Має чотири періоди: 1) *докласичний* (Т. Гоббс, Дж. Бентам, Ж. Боден, Д. Г'юм) – формування філософських засад англо-американського юридичного позитивізму в період Нового часу, що характеризується раціоналізмом та виникнення позитивізму як загальнофілософської течії; 2) *класичний* (Дж. Остін) – застосування філософських ідей Нового часу до права, що зводиться до класичної формули «Право є наказом суверена, що забезпечене санкцією»; 3) *сучасний* (Г. Гарт, Дж. Раз) – формування тез про відокремленість права і моралі та соціального походження права, що визначають концептуальні підходи до визначення юридичного позитивізму усіх типів, зокрема перегляд ролі примусу в праві та підстав нормативності права); та 4) *надсучасний* (К.

Хімма, С. Шапіро) – поглиблення аргументів щодо моральної оцінки чинного права, що розвиває ідеї інклюзивного юридичного позитивізму на противагу ексклюзивному, зокрема шляхом впровадження нових самостійних концепцій, що менше спираються на класичні праці Г. Гарта та Дж. Раза).

5. Класична теорія Остіна визначає право як наказ суверена з санкцією (державним примусом), але слабка через неможливість відрізнити державу від банди розбійників та вакуум влади суверена (неможливість континуїтету права). Пізніше Г. Гарт переосмислив позитивізм через первинні (зобов'язальні і заборонні) та вторинні (визнання, зміни, правосуддя) правила; правило визнання як соціальна практика суб'єктів правозастосування забезпечує дієвість норм, на відміну від метафізичного підходу Г. Кельзена, який відсилає до «засадничої норми».

6. Дж. Раз як ексклюзивний юридичний позитивіст акцентує увагу на «авторитеті права» як ефективного соціального регулятора, а не на державному примусі, який він вважає допоміжним завданням права. Він формулює мисленнєвий експеримент «суспільство янголів», демонструючи потребу в правилах для координації без санкцій. Проте така ідея нам видається слабкою, адже без державного примусу право неможливо буде відрізнити від інших соціальних регуляторів.

7. К. Хімма як надсучасний інклюзивний юридичний позитивіст повертається до примусового характеру права, проте подекуди допускає мораль у визнанні суддями норм права. З огляду на критику Дж. Раза він відкидає ідею «суспільства янголів» через негативну людську природу, якої не наділені морально досконалі «ангели». К. Хімма також пропонує ширше подивитись на державний примус, який охоплює не лише фізичні заходи, а й розширює його на стимули, зокрема економічні.

8. С. Шапіро пропонує розглядати право як плани, а норми права як плани чи планоподібні норми. Так виникає «планувальна теорія»: плани існують

для соціальної координації з моральною метою (Moral Aim Thesis). При цьому пропозиція розрізняти моральну нейтральні норми в дусі юридичного позитивізму і при цьому визначати моральну мету права з метою відрізнити плани правові від протиправних, видається непослідовною. Фактично плани, позбавлені моральної мети, наприклад, правила мафії чи «нацистське право» не є планами як такими, тобто не є правом. Отже, різниці між ексклюзивним юридичним позитивізмом з моральною метою і природним правом немає взагалі. Теорія С. Шапіро містить цікаві нові лінії аргументації ідей Дж. Раза, проте наразі є взаємосуперечливою.

РОЗДІЛ 2. КРИТИКА СУЧАСНИХ ДОКТРИН АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОГО ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ

2.1 Критика співвідношення моралі і права в доктринах англо-американського юридичного позитивізму

Протистояння наукових доктрин щодо типу праворозуміння (концепцій права) триває стільки, скільки існує будь-яка дискусія, що намагається осмислити правила, за якими взаємодіють люди в суспільстві. Від давньогрецької філософії та східних філософій до Нового часу і філософії права постмодернізму – ми бачимо протистояння юридичного позитивізму та інших доктрин, які останнім часом прийнято узагальнювати одним терміном «непозитивізм». Основні аргументи критики зводять до протиставлення права людського (*lex humana*, позитивне, розумове право) і права божественного (*lex naturale*, *lex divina*, природне, вічне право).

При цьому природне право розуміється насамперед як право божественне, і лише в епоху Нового часу природно-правові теорії стають секулярними і звертаються до концепцій людської гідності, універсальних прав людини.

Сучасна ж природно-правова критика юридичного позитивізму виникає після Другої світової війни, як реакція на жахливе ставлення держави до людей, поведінку яких можна обмежити будь-якими правилами, якщо вони видаються владі раціональними та необхідними. «Закони про расову чистоту» і нацистське право в цілому, дають поштовх для того, аби у критиці юридичного позитивізму стали переважати аргументи про аморальність права та неспроможність права (якщо його розуміти як юридичний позитивізм) запобігти легалізації будь-яких, навіть найжорсткіших, обмежень прав людини та знищення цілих націй і етносів. У 1946 р. Г. Радбрух прямо звинувачує юридичний позитивізм у тому, що він винен у масштабних антигуманних викривленнях змісту права за часів при націонал-соціалізмі в Німеччині. Адже юридичний позитивізм своїм

твердженням про те, що «закон є закон» (Gesetz ist Gesetz), обеззброїв тогочасних німецьких юристів перед свавільним та злочинним змістом законів. Тлумачення юридичними позитивістами влади як головного критерію чинності права означає готовність юристів до сліпої покори всім законодавчо оформленим приписам влади, незалежно від змісту цих приписів [174].

Тобто критикується позиція щодо моральної нейтральності права, відповідно до якої правом може бути будь-які за змістом правила, що насправді спотворює розуміння нормативності. Як наслідок суспільству необхідно підкорятися будь-якому фактично встановленому державою порядку, попри те, що він буде мати всі ознаки тиранії, тоталітаризму тощо. Іншими словами – якщо ігнорувати моральну основу, то формальні норми можуть бути використані для несправедливих цілей, як у нацистських законах, що підриває легітимність права (Г. Радбрух, Л. Фуллер, Дж. Фінніс, Р. Дворкін).

Аргумент щодо онтологічного статусу несправедливого закону. Найвідомішим аргумент в контексті моральної нейтральності юридичного позитивізму є твердження про те, що закон є нечинним, якщо він не є справедливим. Авторство цієї формули часто приписують Т. Аквінському [100] («lex tyrannica [...] non est simpliciter lex»), хоча її походження старіше (простежується до св. Августина) [105, Р. 475].

В юридичній науці вона частіше розглядається крізь призму «формули Радбруха» – результату філософсько-правової рефлексії Г. Радбруха на антиправову ідеологію та практику націонал-соціалізму. Так, у ситуації суперечності між «несправедливим законом» і «надзаконним правом» діє останнє; але лише у *виняткових, крайніх, кричущих* випадках несправедливості (extreme unjust) [175], коли «суперечність діючого закону щодо справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як

«несправедливе право» має поступитися справедливості. Суд (зокрема судді) найбільш компетентні вирішувати подібні суперечності» [65].

Аргумент від несправедливого закону найбільше застосовувався австралійським теоретиком і філософом права Дж. Фіннісом (н. 1940). Він зазначав, що юридичні позитивісти ігнорують головну мету права – «центральному випадку» права (central case of law) є не просто система правил, що підтримується санкціями, а система, яка спрямована на досягнення спільного блага та захист основних людських благ. Несправедливі закони є «периферійним» випадком права, оскільки вони відхиляються від його істинної мети. Тобто несправедливий закон для Дж. Фінніса може бути дійсним у технічному (соціальному) сенсі, але він є «дефектним» у сенсі совісті. Тобто він втрачає свою моральну обов'язковість – люди можуть не підкорюватись дефектному закону [127]. Як стверджує Дж. Фінніс, юридичні позитивісти припускаються однієї і тієї ж базової помилки, пояснюючи природу права. Намагаючись розвінчати претензії права на владу або побудувати загальну теорію права, юридичні позитивісти витратили надто багато часу, зосередившись на морально неадекватних системах і пристосовувавши свою теорію до цих режимів. На думку Дж. Фінніса, по-справжньому зрозуміти природу права можна лише тоді, коли зрозумієш його моральний сенс або мету [128, Р. 16-17]. Аргумент щодо моральної мети права пізніше взяв на озброєння С. Шапіро, проте, на наш погляд, це лише ускладнило проблему, адже розмило межу між позитивізмом та непозитивізмом.

«Моральність права» Л. Фуллера. Проте найбільш відомим критиком юридичного позитивізму є американський філософ та теоретик права Лон Фуллер (1902–1978), з яким пов'язують *«Дебати Гарта-Фуллера»*, присвячені взаємозв'язку моралі і права. Основою дебатів стала стаття Л. Фуллера «Позитивізм і вірність праву – Відповідь професору Гарту» (1958) [132, Р. 630], яку він опублікував після гостьової лекції Г. Гарта в

Гарвардській школі права (США), яка відбулась у 1957 році і згодом була опублікована під назвою «Позитивізм і розмежування права і моралі» [139]. Насправді ж ключові ідеї були висловлені ним пізніше у монографії «Моральність права» (1964) [133], тож якщо і говорити про дебати, то їх ніколи не існувало як таких, а мова йде про висловлення своїх поглядів у публікаціях того часу.

У статті «Позитивізм і вірність праву – відповідь професору Гарту» [132] Л. Фуллер зазначав, що позиція юридичного позитивізму, відповідно до якої право, яким чином його б не визначали, відрізняється від моралі, є марним, і що теорія Г. Гарта неповна без визначення права, яке б мало сенс для обов'язку вірності праву. Він робить висновок про те, що «право, що розглядається просто як порядок, містить, таким чином, свою власну імпліцитну мораль» [132, Р. 645]. На його погляд юридичні позитивісти роблять дві помилки. Вони вважають, що закон необхідний там, де його немає, і вони вважають, що закон полягає у своєрідному соціальному контролі, здійснюваному призначеними чиновниками. Л. Фуллер зауважує (в особистій записці): «Надання мною переваги моралі або природному праву перед правом позитивним – це перевага неорганізованого і не до кінця раціоналізованого контролю перед надмірно організованим, надмірно раціоналізованим правовим порядком» [198, Р. 661].

Натомість Л. Фуллер стверджував, що право має внутрішню моральну основу [185, Р. 429]. Він звинуватив правових позитивістів в ігноруванні зв'язку між природою права та верховенством права: «Засадничий теза позитивізму – що право повинно бути чітко відмежоване від моралі – позбавляє можливості встановити будь-який зв'язок між вимогою коритися закону та іншими моральними зобов'язаннями. Оскільки право і мораль функціонують в абсолютно відмінних площинах, немає жодного проміжного принципу, згідно з яким свідомість може співвіднести їхні вимоги» [132, Р. 656].

Тобто за Л. Фуллером юридичний позитивізм розглядає право як однобічну проекцію влади, що походить з якогось легалізованого джерела і нав'язує себе громадянинові. Таким чином ігнорується залежність правової системи від «взаємної відповідальності – уряду перед громадянами і громадян перед урядом» [2, С. 71].

Моральний аргумент Л. Фуллера заперечує класичну тезу про те, що «немає необхідного зв'язку між правом і мораллю» (тезу про відокремлюваність). Фуллер заперечував основну тезу позитивізму про відокремлення права і моралі. Він вважав, що *моральні аспекти є невід'ємною частиною права*. Навіть найпростіша проблема договірного чи деліктного права містить у собі імпліцитні питання, що стосуються місця права в суспільстві та етики людської поведінки [130, Р. 500, 506]. Тобто «правова мораль» є мораллю, що іманентна праву. Л. Фуллер зазначає, що «правотворча влада має знаходити підтримку в моральних якостях, які відповідають її стану. Тут ми маємо справу із зовнішньою стосовно права мораллю, яка забезпечує його існування... Ми... не можемо говорити про наявність права, допоки наш монарх [класичний приклад Л. Фуллера] не буде готовий прийняти цю саму внутрішню правову мораль» [132, Р. 630].

Отже дотримання моральних норм неодмінно приносить певні моральні блага: будь-яка система, що дотримується верховенства права, надасть своїм громадянам справедливу можливість дотримуватися закону. Ця мораль є *внутрішньою*, а не зовнішньою, оскільки її цінність не залежить від суттєвих політичних цілей, яким служать правила. Право не може бути зрозумілим чи легітимним без «внутрішньої моралі», яка включає процедурні принципи, необхідні для функціонування права.

Тож він формулює вимоги до правової системи шляхом заперечення – «вісім способів зазнати поразки в намаганні створити право» [83, С. 43]: 1) неспроможність взагалі створити будь-яку систему правил, так що кожне спірне питання мало вирішуватися на підставі принципу *ad hoc*; 2)

неспроможність надати гласності правилам, на дотримання яких він сподівався, або принаймні зробити їх доступними відповідній стороні; 3) зловживання законодавством зі зворотною силою, яке не лише не може керувати діями, а й послаблює цілісність норм з майбутньою чинністю, оскільки наражає їх на небезпеку ретроспективних змін; 4) неспроможність зробити правила зрозумілими; 5) ухвалення норм права, що суперечать одна одній; 6) ухвалення норм, що вимагають поведінки, яка виходить за межі можливостей відповідної сторони; 7) внесення таких частих змін до правил, що підданий (громадянин) не може орієнтуватися на них у своїх поведінці; 8) відсутність узгодженості між задекларованими правилами та їхнім фактичним застосуванням.

Разом ці вісім принципів, як кажуть, складають «внутрішню моральність права» [133, Р. 41], що є виражена у чеснотах права – загальності, публічності, перспективності, ясності, несуперечності, виконуваності, стабільності і відповідності між нормами права та їх застосуванням. Вони є не лише технічними (формально-процедурними), а й моральними, оскільки забезпечують справедливість і передбачуваність права. Принципове значення, на думку автора, має теза про те, що порушення чеснот не просто погіршує право, а позбавляє нормативний порядок правової якості [29, С. 97]. Тобто Л. Фуллер не лише заперечує можливість розділити право і мораль, а і демонструє яким чином юридична техніка може звертатись до принципів права всередині самої нормативної конструкції права. В цьому новизна і перевага погляду Л. Фуллера на моральність права – він пропонує конкретний інструмент для цього. Водночас слабким місцем, на наш погляд, є ототожнення норм моралі з моральністю права – Л. Фуллер обирає невдалий термін, що вводить в оману. Дотримання восьми вимог, тобто процедури ухвалення закону та вимог його якості, вимагається і принципом законності, який визнають юридичні позитивісти.

Тому не дивно, що вони не погодились з аргументами Л. Фуллера. Як зазначає М. Крамер (M. Kramer) «навіть деспотичний уряд, котрий має на меті повністю злочинні цілі, скоріш за все намагатиметься дотримуватись певних принципів законності, хоча б з міркувань забезпечення кращих умов контролю [правової системи]» [158, Р. 63-71]. Г. Гарт своєю чергою зазначив, що «Якщо нам випадає щось відповісти утилітаристам [таким як Дж. Бентам], ми можемо сказати, що закон є законом, доки не потрібно коритися великому злу. ... Неправомірно перетворювати моральну критику певних інституцій на підґрунтя сумнівної філософії» [139, Р. 77]. Пізніше навіть неопозитивіст Р. Алексі дійшов схожого висновку: «Попри переконання Л. Фуллера, що суттєва несправедливість майже завжди йде поруч із радикальними порушеннями специфіки процедури, він явно переоцінює різноманітні правові канони. У певних випадках форми негуманного поводження можуть поставати цілком без порушення процедур закону, проте їхній зміст залишиться несумісним із правом, що ґрунтується на ідеалах чесності та взаємної поваги» [90, Р. 34-35]. Нам немає чого додати до цих аргументів, лише констатувати, що Л. Фуллер розуміє мораль (моральність права) у відмінний від інших вчених спосіб. За аналогією з «дебатами Гарта-Фуллера» пізніше стали говорити про «*дебати Гарта-Дворкіна*» («Hart-Dworkin Debate»), хоча знову ж таки мова йде радше про наукову дискусію, яка відбулась у формі публікацій статей і монографій. Важлива деталь – Р. Дворкін (Ronald M. Dworkin) (1931-2013) належав як до американської, так і англійської гілки юридичного позитивізму, адже був учнем Г. Гарта. З методологічної позиції справедливо навести позицію Н. Ставрополуса, що насправді як таких дебатів «Гарт-Дворкін» ніколи не існувало, адже Г. Гарт весь час зберігав мовчання, дебати ж відбувались з його і послідовниками [193]. І це дійсно так, адже Г. Гарт фактично відповів на критику його ідей, що висловлювались протягом 30-ти років у другому виданні «Концепції права»

(1994), значна частина доповнень якого є відповіддю на критику Р. Дворкіна, насамперед стосовно принципів права і допустимості моральних джерел в їх застосуванні суддею (детальніше див. у підрозділі 1.3).

Р. Дворкін вважає, що правосуддя вимагає моральної інтерпретації (Interpretive Nature of Law), а якщо мораль вилучена за межі права, то і звернення до позанормативних (в цьому випадку моральних) джерел права неможлива. Натомість Р. Дворкін пропонує власну модель «права як цілісності» (law as integrity), де судді інтерпретують право як єдину систему, що включає моральні принципи справедливості та рівності. Він називає це «конструктивною інтерпретацією» (constructive interpretation) – процесом, під час якого ми намагаємося представити об'єкт, який інтерпретуємо (у цьому випадку – правову систему), у його найкращому можливому світлі. Це означає, що інтерпретатор (суддя) не просто шукає значення слів закону, а намагається знайти найкраще моральне та політичне обґрунтування для правових норм і прецедентів, що існують [121, Р. 1518-1519]. При цьому англо-американський юридичний позитивізм, з його акцентом на формальних джерелах («правила визнання» у Г. Гарта), недооцінює роль інтерпретації, яка *неминуче включає моральні норми*. Це робить англо-американський юридичний позитивізм неадекватним для реальної практики права (тут варто зауважити, що Р. Дворкін дуже орієнтується на судову практику, зокрема Верховного Суду США, зосереджуючись на конструктивній інтерпретації права, яка робить його динамічним і морально обґрунтованим).

Для Р. Дворкіна право і мораль перебувають у стані внутрішньої єдності, а не є двома окремими системами соціального регулювання. Наприклад, у справі *Brown v. Board of Education* (1954) [252] судді Верховного Суду США визнали расову сегрегацію в школах неконституційною, спираючись на принцип рівності, а не лише на текст Конституції. Хоча раніше існувало рішення у справі *Plessy v. Ferguson* (1896) [248], яке спираючись на той

самий текст Конституції визнавала расову сегрегацію такою, що відповідає конституційним приписам. Англо-американський юридичний позитивізм, на думку Р. Дворкіна, не може пояснити, як цей принцип став частиною права, оскільки він не є частиною «правила визнання». М. Розенфельд зазначає, що з ретроспективи очевидно, що рішення у справі Брауна та наступні рішення дають кращу інтерпретацію конституційної рівності в США, ніж рішення у справі Плессі. Станом на зараз існує консенсус щодо того, що рішення у справі Браун було правильним, і, оскільки такого консенсусу не було в 1954 році, суддя мав би змогу передбачити його, тим самим підкріпивши інтерпретаційну теорію Р. Дворкіна [184, Р. 381].

На наш погляд, аргумент Р. Дворкіна можна використати як проти інклюзивних юридичних позитивістів (у випадках, які *не* стосуються права на життя), так і проти ексклюзивних юридичних позитивістів – якщо суть принципу права обмежена його позитивним завчасно визначеним змістом, то розвиток судового прецеденту (практики) навряд чи видається можливою. Адже якщо мова йде про прогалини чи колізії, то можливо ще можна за допомогою принципу розв'язати складну проблему, проте якщо мова йде про ширше коло питань несправедливості тієї чи іншої норми права, то жодним чином. Суддя навряд чи матиме змогу звужити чи розширити норму права.

Загалом Р. Дворкін зміщує оптику дискусії про право з теоретичної площини в більш практичну – його підхід можна охарактеризувати як інструментальний. Його більш цікавлять конкретні наслідки визначення суддею права шляхом однієї концепції чи іншої. Інтерпретивізм спирається на уявлення про найкращого, найрозумнішого і найбільш справедливого судді, якого він пропонує називати «суддя-Геркулес» [134, Р. 105]. Для нього не так важливий зміст правових норм, скільки можливість шляхом інтерпретації змінювати їх зміст, спираючись на моральні норми. Така «гнучка» стратегія, на думку Р. Дворкіна, дозволяє краще розв'язувати

соціальні проблеми, особливо в умовах нестабільних політичних режимів. Адже як відомо в епоху революцій або суттєвої зміни влади, континуїтет права забезпечити складно, а суддів закликають керуватись не «застарілим правом», а новою правосвідомістю. Англо-американський юридичний позитивізм в цьому випадку безсилий, на відміну від морального погляду на право.

«Непозитивістська» критика з боку Р. Алексі. Р. Алексі також стверджує, що *право не може бути повністю відокремлене від моралі*, оскільки моральні принципи є невід'ємною частиною правової системи, особливо в контексті прав людини та справедливості. Водночас Р. Алексі (Robert Alexy) (н. 1945) ідентифікує свою позицію саме як непозитивістську (non-positivistic), намагаючись вийти за межі опозиції «позитивне–природне право».

Для цього Р. Алексі вводить поняття *«моральної правильності»* ([claim about] moral correctness) права, наголошуючи, що правові норми повинні відповідати базовим моральним стандартам. Саме поняття «моральна правильність» є розвитком ідей Г. Радбруха про «моральну легітимність» права та Л. Фуллера про «внутрішню мораль» права. Українською його також перекладають як «моральна коректність (справедливість)» права [51]. Зміст цієї концепції полягає в тому, що окремі правові норми та окремі правові рішення, а також правові системи в цілому, обов'язково претендують на правильність. Система норм, яка ні явно, ні неявно не претендує на це, не є правовою системою. Він розрізняє *класифікаційний* (classifying) та *кваліфікаційний* (qualifying) зв'язок між правом і мораллю [92, Р. 26]. Наслідком класифікаційного зв'язку є втрата юридичної чинності. Натомість наслідки кваліфікаційного зв'язку обмежуються юридичними вадами, які не досягають рівня підриву юридичної чинності або юридичного характеру. Тобто в першому випадку заперечується онтологічний статус норми – вона не є правом; в другому – норма є чинним

правом, проте з певними вадами. Р. Алексі зазначає, що аргумент несправедливості (the argument from injustice) є нічим іншим, як тезою про зв'язок, зосередженою на класифікаційному зв'язку [92, Р. 28].

Що ж до критеріїв правильності, то вони не обмежуються сферою права (як це впливає з тези особливого випадку), а отже, йдеться не тільки про правильність всередині правової системи, а й про правильність самої правової системи. *Моральна правильність, таким чином, є ідеалом, до якого має прагнути правова система* [93]. Іншими словами це поняття слугує мостом між правом і мораллю, підкреслюючи, що право не може бути відірваним від моральних норм в суспільстві, і є центральним у його критиці юридичного позитивізму та розробці дискурсивної теорії права.

Похідною від «претензії на [моральну] правильність» для Р. Алексі є класична для юснатуралізму проблема «несправедливого закону»: за його словами «в жодному іншому місці практичний вплив питань про поняття та природу права не є таким очевидним, як у випадках *крайньої несправедливості* законів, виявленої в *режимі неправди* (a rogue regime)» [94]. Таким чином в критиці тези про розмежування Р. Алексі повторює томістські аргументи, що притаманні природно-правовому типу праворозуміння, якими відмовлено в онтологічному статусі закону, який є несправедливим (Т. Аквінський) чи вкрай несправедливим (Г. Радбрух). При цьому він вказує на те, що різниця між несправедливістю та крайньою несправедливістю може бути не такою «очевидною» [134, Р. 137]. Тут не можна не згадати Конституцію України, яка уможлиблює невиконання *явно* злочинного наказу чи розпорядження. Дійсно, «явна злочинність» чи «крайня несправедливість» можуть по-різному оцінюватись людьми.

Своєю чергою поняття «моральної правильності» піддав критиці Дж. Раз: на філософсько-правовому рівні поняття моральної правильності відсилає до теорії висловлювань Дж. Л. Остіна [103] та Дж. Серля (John Searle) [187] і при цьому не говорить нічого особливого про право, адже навіть бандити

переконані в тому, що те, що вони роблять, є правильним, а саме, що їхні дії є правильними. Дж. Раз стверджує, що «вони (бандити) можуть вважати їх християнськими діями, вони можуть діяти з наміром діяти по-християнськи. У цьому випадку вони стверджують правильність за цим стандартом, тобто за стандартом християнства. Їхні дії можуть не бути навмисними за описом «дії бандитів», і вони можуть не стверджувати правильність за цими стандартами, якщо такі існують» [179, Р. 27].

Дж. Раз також вважає, що з концепції претензії на правильність нічого не можна дізнатися про природу права, оскільки ми повинні спочатку знати, що таке природа права, щоб сказати, які зобов'язання бере на себе право і які інші зобов'язання право не може порушувати відповідно до своєї природи. Як бачимо, твердження про правильність зазнало жорсткої критики з боку юридичних позитивістів, таких як Є. Булігін і Дж. Раз [167, Р. 13].

Крім того моральна правильність має бути ще формальною, тобто досягатись через *раціональний дискурс* – процес, у якому правові норми обґрунтовуються через аргументацію, що включає ці моральні принципи. Це є частиною «дискурсивної теорії права» Р. Алексі [191, Р. 2-3, 18], де право розглядається як продукт раціонального дискурсу, який включає моральні аргументи. Будь-яке юридичне твердження обов'язково містить дискурсивне зобов'язання в розумінні нормативного прагматизму Р. Брандома, що судження має бути правильним як по суті, так і з процедурної точки зору [112, Р. 157].

Р. Алексі відповів на критику Дж. Раза щодо морального змісту та обсягу претензії на правильність: лише у разі того, якщо твердження про правильність має моральний універсальний характер, воно може мати моральну силу. Дж. Раз має рацію, коли стверджує, що бандити дійсно переконані в тому, що те, що вони роблять, є для них правильним, оскільки вони діють навмисно, щоб досягти певних цілей. Але діяти відповідно до

певних цілей – це не те саме, що діяти відповідно до правильності, тобто діяти відповідно до універсальних моральних стандартів [167, Р. 14]. Проте, на наш погляд, відсилка до «універсальної моралі» має ті самі вади, які в своїх аргументах наводить Дж. Раз. Адже універсальність моральних засад суспільства піддається критиці і більшості консенквенціоналістських (consequential) моральних теорій на противагу неконсенквенціоналістським (non-consequential) теоріям, які зазвичай підтримують прихильники природного права. Тобто сама по собі концепція «універсальної моралі» не є безспірною.

Деякі інші юридичні позитивісти також піддавали критиці концепцію «моральної правильності» Р. Алексі. Так, Н. МакКормік (N. MacCormick) називає хибним підхід, відповідно до якого право може щось вимагати (law's claim to), адже це буквально є категоріальною помилкою. Адже не існує такої сутності як «право», яка здатна здійснювати мовленнєві акти такого роду. «Право» і правові системи є абстрактними сутностями, а не індивідуумами, тому (як стверджується в аргументі) не слід приписувати їм заяви, наміри чи цілі [162, Р. 59]. Водночас у пізніх роботах Р. Алексі уточнив, що під «вимогами права» ми розуміємо «вимоги його представників [...] насамперед законодавців та суддів, які висловлюються ними у своїх рішеннях» [95, Р. 255]. На наш погляд, аргумент Р. Алексі є доволі переконливим, адже мова дозволяє надавати певну суб'єктність абстрактним поняттям, наприклад, ми вживаємо такі словосполучення як «законодавець вважає» або «національна політика вимагає» тощо. Проте такі вирази є радше риторичними, ніж концептуально обґрунтованими.

Інший юридичний позитивіст Дж. Гарднер (J. Gardner) зазначає, що «право претендує на моральний авторитет, але право не претендує на моральну правильність або справедливість» [135, Р. 41]. Він стверджує, що норма права цілком може мати авторитет, при цьому бути морально неправильною (некоректною). Б. Бікс (B. Bix) стверджує, що в багатьох випадках

правотворчість є компромісом або результатом політичних домовленостей, а не спробою досягти «моральної правильності». Тож перебільшенням є твердження про те, що право в такому випадку прагне до «моральної правильності». До того ж легітимність права краще пояснювати через його авторитетність (authority), а не через «моральну правильність» (в цьому Б. Бікс повторює аргумент Дж. Раза). Право претендує на те, щоб бути авторитетним (тобто таким, що має силу зобов'язувати), а не обов'язково «морально правильним». Авторитетність права може бути пов'язана з демократичними процедурами чи соціальною ефективністю, аж ніяк не з моральними вибором таких норм [109].

Таким чином, вимога правильності є новою спробою непозитивістських теорій права заперечити теза про відокремлення, зазначивши, що відповідність моралі є визначальною характеристикою права. На наш погляд, аргументи Р. Алексі мають доволі сильний характер, але не заглиблюються в питання універсальності моральних теорій та проблем різних теорій справедливості. Водночас є гарною спробою в нових термінах та дискусії з сучасними і надсучасними юридичними позитивістами розкритикувати обмеженість юридичного позитивізму як типу праворозуміння.

Підсумовуючи, варто зауважити, що англо-американський юридичний позитивізм пройшов шлях від дискусії щодо нечинності вкрай несправедливого права («формула Радбруха») до визнання моральних норм в принципах права в окремих випадках «мінімум права природного в праві позитивному» в результаті дискусії з Р. Дворкіним. Тому сьогодні позиція інклюзивних юридичних позитивістів піддається такі критиці менше, адже виправляє ключову проблему позитивного права для такої лінії критики – можливість ухвалення вкрай несправедливих законів. Сучасні теоретики неопозитивістських типів праворозуміння визнають, що сучасна юридична техніка далеко відійшла від стандартів формалістської юриспруденції

понять XIX століття. На сьогодні є достатньо технічних способів розв'язати можливі спори між вимогами права і моралі, залишаючись водночас у межах позитивного права. Звернення до принципів права, включно з моральним джерелами, є одним з таких інструментів. Чого не скажеш про ексклюзивних юридичних позитивістів, до яких цілком застосовна вся згадана вище критика.

Висновки до підрозділу 2.1

1. Англо-американський юридичний позитивізм піддається критиці за моральну нейтральність, яка дозволяє легітимізувати аморальні режими, на кшталт «нацистського права» у XX ст., ігноруючи зв'язок права з етичними принципами та справедливістю (на прикладі аргументів Г. Радбруха, Л. Фуллера, Дж. Фінніса та Р. Дворкіна).
2. Несправедливі закони не мають онтологічного статусу права, особливо в крайніх, кричущих (extreme) випадках несправедливості, де вони суперечать природному праву, що підкреслює необхідність моральної основи для чинності будь-яких норм, які претендують називатись правовими (незмінний аргумент від Т. Аквінського до Дж. Фінніса та Р. Алексі).
3. Право має внутрішню моральність, виражену в процедурних принципах (за Л. Фуллером), таких як загальність, публічність, ясність тощо, порушення яких позбавляє нормативний порядок правової якості, роблячи його неефективним і несправедливим. Ці складові утворюють «внутрішню моральність права», яка не узгоджується з позитивістським поглядом на право, очищеного від будь-яких норм моралі, включно з процедурними нормами.
4. Інтерпретація права повинна бути конструктивною та включати моральні принципи справедливості й рівності, як у моделі «права як цілісності» Р. Дворкіна, що робить англо-американський юридичний позитивізм

неадекватним для реальної судової практики. Принципи права неможливо застосувати під час здійснення правосуддя як такі, якщо вони не звертаються до позанормативних джерел. Адже тоді відхід від старого регулювання до нового майже неможливий.

5. Право «претендує на моральну правильність» (за Р. Алексі), що є невід'ємною характеристикою правової системи, і в разі крайньої несправедливості норми втрачають юридичний характер. Хоча ця концепція використовує погляд на моральні норми як універсальні норми, що має свої вади, наприклад, що стосується морального релятивізму чи інших консенквенціоналістських теорій моралі.

6. Сучасний інклюзивний позитивізм здебільшого адаптувався до наведеної вище критики з боку прихильники англо-американського природно-правового праворозуміння, на відміну від ексклюзивного юридичного позитивізму. Більшість критики цілком застосовна саме до тези про відокремлення права і моралі (Separation Thesis).

2.2 Критика поняття права в доктринах англо-американського юридичного позитивізму

Похідним спором від розмежування права та інших соціальних регуляторів є спір щодо походження права (джерел права) або поняття права в цілому. Для ексклюзивних юридичних позитивістів позанормативні джерела права неможливі, з огляду на соціальний теза – право є соціальною конвенцією (артефактом). Для інклюзивних позитивістів існує виняток, обумовлений вище. Хоча Дж. Фінніс все одно стверджує, що це не вирішує проблему, бо мораль все одно повинна бути інтегрована на фундаментальному рівні, а не як опціональний елемент.

Непозитивісти активно критикували англо-американський юридичний позитивізм за обмеженість його правила первинного і вторинного порядку – прескриптивними та координаційними нормами. На думку Р. Дворкіна

юридичні позитивісти обмежують поняття права нормами і не включають до нього юридичні принципи, які за своєю суттю відмінні від норм і мають бути включені до сфери права. Англо-американський юридичний позитивізм, за Р. Дворкіним, ігнорує принципи права, що призводить до механічного застосування права без урахування справедливості. Він називає «механічною юриспруденцією» (*mechanical jurisprudence*) ситуацію, в якій коли ми говоримо про «право», то ми маємо на увазі набір вічних правил, що зберігаються в якомусь концептуальному сховищі і чекають на своє відкриття суддями, а коли ми говоримо про юридичні зобов'язання, ми маємо на увазі невидимі ланцюги, якими ці таємничі правила якимось чином зв'язують нас [124, Р. 15].

Тож у складних справах (*hard cases*) судді звертаються до принципів, таких як рівність чи справедливість, а не лише до норм-правил. Компоненти системи права, які не є правилами, він визначає загальним терміном «принципи» (принципи у широкому значенні, *sensu largo*). Він визначає правовий принцип як «стандарт, якого слід дотримуватися не тому, що він сприятиме покращенню або забезпеченню бажаної економічної, політичної чи соціальної ситуації, а тому, що це є вимогою справедливості, чесності або іншого аспекту моральності» [124, Р. 22]. Тож до принципів Р. Дворкін він зараховує справедливість, чесність і принципи правової держави [124, Р. 23].

Таким чином для Р. Дворкіна право є поєднанням позитивного права та принципів, що його підтримують, утворюючи морально узгоджену єдність. При цьому англо-американський юридичний позитивізм Г. Гарта, який припускає суддівську дискрецію в таких випадках, не може пояснити цю практику. Навіть за умови врахування пізнішої позиції Г. Гарта щодо принципів права у випадку моральної оцінки закону, що посягає на життя людини, у всіх інших випадках принципи з позанормативних джерел права

застосовані не можуть бути. В цьому сенсі Р. Дворкін говорить про *моральні* принципи, а юридичні позитивісти – *юридичні* принципи.

При цьому для Р. Дворкіна суддя застосовує чинне право, а не створює його, тож є за словами Р. Дворкіна «заступником законодавця» (deputy legislator) [124, Р. 82]. Звісно, що такі функції виконує «суддя-Геркулес» [124, Р. 105] у складних справах (hard cases), це не є повсякденною діяльністю судді з вчинення правосуддя (adjudication) [124, Р. 113]. «Суддя-Геркулес» це мисленнєвий експеримент Р. Дворкіна, який характеризує найбільш професійного, морально бездоганного та глибоко розумного суддю – ідеал професії судді, який може легко звертатись до позанормативних джерел права і відповідні формувати судову практику стосовно принципів права.

Для Р. Дворкіна *моральні принципи конкретизуються лише в момент їх застосування суддею* – до цього моменту вони існують в «розчиненому» стані [58, С. 61]. На думку Р. Дворкіна походження таких принципів полягає не в конкретному рішенні якогось законодавчого органу чи суду, а в почутті доречності (appropriateness), яке з часом сформувалося в професії та суспільстві [124, Р. 40].

Різницю між правилами і принципами і важливість цієї різниці для розуміння суті права Дворкін показує на конкретних прикладах. Найвідомішим прикладом, класичним для всіх англо-американських вчених, є справа *Riggs v. Palmer* (1889) [246]. В ній Нью-йоркський суд мав вирішити, чи може спадкоємець, названий у заповіті свого діда, отримати вказану в цьому заповіті спадщину попри те, що заради неї він убив свого діда. Судді не могли вирішити справу, спираючись лише на чинні правила, а звернулися до загального правового принципу «ніхто не може отримати вигоду зі свого власного злочину». Таким чином спадкоємцю було відмовлено у спадщині і сформульовано відповідний відомий принцип, який надалі став частиною позитивного права (у випадку чинного Цивільного кодексу України це норма-зобов'язання, передбачена ч. 1 ст.

1224 – не мають права на спадкування особи, які умисно позбавили життя спадкодавця чи будь-кого з можливих спадкоємців або вчинили замах на їхнє життя).

Р. Дворкін наводить численні приклади застосування принципів у судовій практиці, які пронизують правову систему англо-американського права як основні доктрини. Наприклад, справа *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (1960) [249] (принцип справедливості та захисту споживачів – це рішення стало одним із фундаментальних кроків до встановлення сучасного права про відповідальність за якість продукції (products liability), яке захищає споживачів.); *Furman v. Georgia* (1972) [247] (у цій справі судді спиралися на принципи справедливості та недискримінації, щоб визнати смертну кару неконституційною. Це відкрило шлях до справи *Gregg v. Georgia* (1976) [250], де смертна кара була відновлена за умови наявності чітких процедур, таких як розгляд обтяжуючих і пом'якшувальних обставин. Тож всі штати змушені були переглянути свої закони, щоб запровадити чіткі стандарти, які б усунули свавільність і дискримінацію); *Roe v. Wade* (1973) [251] (право на аборт захищається через принципи автономії та гідності, які не були явно прописані в тексті Конституції США – приклад еволюційного тлумачення. Водночас у 2022 році Верховний Суд США скасував рішення у цій справі на тій підставі, що матеріальне право на аборт не було «глибоко вкорінене в історії чи традиціях цієї країни», не вважалось правом під час ратифікації положення про належну правову процедуру в 1868 році і було невідомим в американському законодавстві до справи *Roe v. Wade* [119]) тощо.

Р. Дворкін зазначає, що якщо ми спробуємо перерахувати всі чинні принципи права, то зазнаємо невдачі. Вони суперечливі, їхня вага є надзвичайно важливою, їх безліч, і вони змінюються настільки швидко, що початок нашого списку застаріє ще до того, як ми дійдемо до середини. Навіть якщо нам це вдасться, ми не матимемо ключа до закону, бо не залишиться нічого, що наш ключ міг би відімкнути [124, Р. 44].

На наш погляд, критика Р. Дворкіна має розглядатись крізь призму часу в який він сформував свої аргументи щодо принципів – кінець 1970-х років. Як уже неодноразово зазначалось подальша зміна позицію юридичного позитивізму у зв'язку з публікацією другого видання «Концепція права» Г. Гарта (1994) поділила цей напрямок думки на дві течії – інклюзивний та ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм. І перші, і другі визнали принципи, але з суттєво вужчим обсягом, адже мова йде не про *моральні* принципи, а *юридичні* принципи. Суддя на думку Р. Дворкіна може звертатись до моральних принципів поза правом, наприклад, до універсальних морально-етичних принципів. Суддя на думку юридичних позитивістів може звернутися лише до тих принципів, що закріплені позитивним правом чи є позитивованими нормами моралі (як би це охарактеризував Дж. Раз), які насправді є тими самими правилами (прескриптивними нормами). Єдина різниця – позитивні принципи уможливлують розв'язання правових проблем, до прикладу, колізій або заповнення прогалин в праві. Тобто якщо такі формулювання включено в джерела чинного права (закон, звичай, прецедент тощо), то їх застосування цілком сумісне з позитивізмом і не потребує коригування самого поняття права та методологічних принципів правозастосування. Іншими словами – інклюзивні юридичні позитивісти погодились б частково з аргументами Р. Дворкіна, ексклюзивні – зовсім б не погодились.

Піддає критиці Р. Дворкін і концепцію *відкритої текстури права* (open texture of law), сформульованої Г. Гартом і підтриманою юридичними позитивістами, оскільки вона не відповідає на питання як саме судді мають застосовувати множинність значень норми права. Він протиставляє їй власне бачення «єдиного правильного рішення», яке є однією з засад теорії інтерпретивізму цього автора.

Відповідно до концепції однієї правильної відповіді (one-right-answer / right answer thesis) [123, Р. 225-275] кожне судове рішення має свою одну

унікальну правильну відповідь, що обґрунтовується Р. Дворкіним шляхом застосування цієї концепції у поєднанні із інтерпретативним підходом до права. Для нього інтерпретація права суддею у випадку множинності значень норми права можлива *лише* шляхом звернення до позанормативних джерел права, отже він не розуміє яким чином юридична визначеність досягається в юридичному позитивізмі, адже таких механізмів він не має.

На наш погляд аргумент Р. Дворкіна є недоречним, оскільки його концепція інтерпретивізму має ще більшу *юридичну невизначеність* (аніж «відкрита текстура права») – оскільки суддя не лише звертається до чинного права, і може застосувати, наприклад, аналогію закону, а взагалі може в будь-який момент застосувати якусь норму моралі чи релігійної етики, на що навряд чи розраховують учасники судового спору.

Непозитивістські теорії також піддають критиці підстави нормативності юридичного позитивізму, насамперед «правило визнання», що звернене до соціальної практики визнання права суб'єктами правозастосування. Критики стверджують, що посадовці можуть приймати правило визнання з різних мотивів (страх, звичка), але це не пояснює, чому право є легітимним. Тож концепція «правила визнання» не дозволяє надійно відрізнити раціональні, обґрунтовані та «хороші» (good) правові норми від нераціональних або «менш хороших» (less good) норм. Вона охоплює будь-яке «прийняття», незалежно від його раціональної основи. Таким чином, вона не може пояснити чим саме керується правник, суддя чи громадянин, який розуміє право повністю та адекватно, прагнучи до практичної раціональності.

На наш погляд аргумент Дж. Фінніса доволі громіздкий, але має на меті прояснити одну просту річ – Г. Гарт не пояснює чому соціальна практика звернена саме до норм права, а не інших соціальних регуляторів. Тобто Г. Гарт пояснює чому це підставова норма дієвості (валідності) права, проте попередній крок вибору права як ефективного і раціонального соціального

регулятора – ні. Пізніше Дж. Раз заповнить цю прогалину, зокрема концепцією «авторитету права», яка чітко відповідає на це питання – тому що право найбільш ефективний з-поміж усіх інших соціальних регуляторів з огляду на конвенційні цілі суспільства. Звісно, для збереження сімейного добробуту чи загальної стриманості чи побожності у суспільстві – більш ефективними були б моральні чи релігійні норми – проте вони не будуть загальноприйнятими і все одно програють праву. Але як ми вже з’ясували під час аналізу поглядів Дж. Раза – насправді і цього недостатньо, якщо державний примус не буде невід’ємною складовою права.

Соціальні аспекти поняття права також піддає критиці Р. Алексі: він стверджує, що ексклюзивний англо-американський юридичний позитивізм, ґрунтуючись на неправильному балансі між принципом правової визначеності та принципом справедливості, надає занадто мало значення *фактичному* або *авторитетному* виміру права [98, Р. 287]. Тож юридичні позитивісти помиляються з соціальною тезою, вважаючи, що право можна визначити *лише* через соціальні факти (створення норми права), ігноруючи її внутрішній моральний вимір. Так само вони помиляються, коли дивляться на дієвість (валідність) права з позиції зовнішнього спостерігача, який просто описує, як працює система. І вона дійсно працює шляхом існування соціальної практики – чи то в розумінні Г. Гарта, чи то «авторитету права» Дж. Раза, чи то «планувальної теорії» С. Шапіро. Але з позиції учасника правозастосування (судді), який має вирішити, що є правом у конкретній справі, соціальна теза і «правило визнання» не працюють, оскільки учасник завжди зв’язаний *претензією на правильність* і мусить шукати справедливе рішення, виходячи за межі «сухих» соціальних фактів.

Натомість власний теза подвійної (дуальної) природи Р. Алексі передбачає, що право обов’язково охоплює як реальний (фактичний), так і ідеальний (критичний) виміри існування права. Фактичний вимір представлений

елементами офіційного походження і соціальної ефективності, а ідеальний вимір знаходить своє вираження в елементі моральної правильності (коректності). Ця ідея присутня в пізніших статтях Р. Алексі [94] [96] [97] і відіграє центральну роль у визначенні ідеального або критичного виміру права як однієї з його основних властивостей, поряд із соціальною ефективністю (*soziale Wirksamkeit*) та авторитетним походження права (*ordnungsgemäße Gesetztheit* / *issuance of law*), що представлені реальним виміром права.

На наш погляд, спроба Р. Алексі вийти за межі опозиції «юридичний позитивізм/природне право» є конструктивною спробою перемістити дискусію в інструментальну площину. За загальним правилом юридичний позитивізм працює без жодних нарікань з боку справедливості, проте у виключних випадках (*hard cases*) суддя має звертатись до площини ідеального права, а не лише чинного закону. Р. Алексі помірковано розділяє ці випадки і стверджує, що право містить в собі обидва модуси одночасно, що і є його дуальною природою. На противагу юридичним позитивістам, які бачать лише чинне (позитивне) право або Р. Дворкіну, який крізь призму інтерпретивізму визнає лише право ідеальне, до чого постійно звертається його «суддя-Геркулес», доволіно нехтуючи чинними законами.

Висновки до підрозділу 2.2

1. Англо-американський юридичний позитивізм критикується за ігнорування принципів права, які, на відміну від норм-правил включають моральні аспекти справедливості та чесності, і є необхідними для вирішення складних справ (*hard cases*), де судді здійснюють правосуддя шляхом інтерпретації норм права.
2. Принципи права походять не з формальних джерел, а з суспільного почуття доречності, і конкретизуються суддями в момент застосування, що робить право морально узгодженою системою, на противагу механічній

юриспруденції позитивізму. Принципи юридичного позитивізму *юридичні*, а непозитивізму – *моральні*.

3. Концепція «єдиної правильної відповіді» Р. Дворкіна заперечує «відкриту текстуру права» Г. Гарта, підкреслюючи необхідність інтерпретації з урахуванням моральних принципів, тоді як позитивізм не пояснює множинність значень норм. Натомість чи створює це більше визначеності у питання однозначності змісту права, що застосовується, питання відкрите.

4. Непозитивіст Р. Алексі критикує соціальний теза юридичного позитивізму за відсутність моральної легітимності, пропонуючи натомість дуальну природу права, що поєднує фактичний (соціальний) та ідеальний (моральний) виміри для забезпечення справедливості у виключних випадках. Англо-американський юридичний позитивізм надто зациклюється на чинному законі, замість того щоб розмежувати випадки, де мораль можна допустити в право, включно з правилом визнання, та випадки, де право обмежується правом позитивним.

2.3 Критика державного примусу в праві в доктринах англо-американського юридичного позитивізму

Критика державного примусу (coercion) як сутнісної ознаки права є одним із вагомих аргументів проти англо-американського юридичного позитивізму. Як уже зазначалось, в історії юридичного позитивізму відбувся перехід від «класичного» позитивізму (Дж. Остін) для якого державний примус мав характер визначального елемента права до «сучасного» (Г. Гарт, Дж. Раз), який намагався відійти від цієї думки в бік координаційної функції права, назвавши державний примус факультативною ознакою права.

Г. Гарт зазначав, що якщо визначати право лише через державний примус, то ми не зможемо відрізнити державу (правопорядок) від банди озброєних розбійників. Право вимагає нормативності — визнання правил

легітимними, а не просто страху перед силою. Легітимність визначається зокрема соціальною практикою, насамперед з боку суб'єктів правозастосування. А для Дж. Раза право – це насамперед авторитетне керівництво, а державний примус – лише інструмент для забезпечення ефективності в людських (неідеальних) суспільствах.

Врешті «надсучасні» юридичні позитивісти це питання майже не розглядають, а К. Хімма намагався повернутися до класичного етапу з визначальною роллю державного примусу в праві.

Представники природно-правового типу праворозуміння, наприклад, Л. Фуллер і Дж. Фінніс, стверджують, що «правило визнання» юридичного позитивізму пояснює лише, як ідентифікувати право, але не пояснює, чому це право є обов'язковим для громадян чи посадовців. Воно зосереджене на формальній чинності, ігноруючи моральну чи соціальну легітимність права. Л. Фуллер зазначає, що правило визнання не враховує «внутрішню мораль права» (включаючи принципи законності, такі як загальність, публічність, зрозумілість), які забезпечують легітимність права як соціальної практики. Без цих принципів правило визнання є лише технічним інструментом, який не пояснює, чому люди мають моральний обов'язок дотримуватися права [133, Р. 81-91]. А Дж. Фінніс критикує Гарта за те, що правило визнання не пояснює, чому воно саме по собі є обов'язковим. Він стверджує, що право має бути спрямоване на «загальне благо» (common good), а правило визнання, яке є лише соціальним фактом, не може забезпечити моральну основу для цього [128, Р. 26-55].

З огляду на це юридичні позитивісти не можуть пояснити чому право є загальнообов'язковим, отже чому люди йому підкорюються і врешті яка роль *державного примусу* в цьому.

Англо-американські прихильники природно-правового типу праворозуміння звертають увагу на слабкі моменти теорії юридичних позитивістів. Критика з їх боку похідна від критики тези про

відокремленість – якщо право є морально-нейтральним, то і підстави для застосування державного примусу в ньому немає. В їх розумінні державний примус забезпечується саме моральною виправданістю норми права, її «претензією на правильність» (claim to correctness).

Саме тому Р. Алексі, якому належить ця концепція «претензії на правильність», звертає увагу на те, що примусовий характер права вимагає, аби воно було морально обґрунтованим – інакше воно стає *самосуперечливим*. Якщо закон не відповідає базовим моральним стандартам, він не може претендувати на легітимність, що робить його дефектним як право [91].

Р. Дворкін зазначає, що ми не можемо зрозуміти, що таке право, якщо відокремимо його від державного примусу, тому що право є тим містком, який легітимізує застосування сили проти громадянина. Якщо забрати елемент державного примусу, право втрачає свій політичний сенс. Суддя не просто «координує» соціальну поведінку людей, він вирішує, чи можна позбавити людину права власності чи обмежити її свободу. Цей аргумент він наводить проти морально-нейтральних координаційних норм – «якщо право це просто набір правил (як правила гри в шахи), то чому ми повинні ув'язнювати людину за ґратами за їх порушення? Правила шахів не дають права на насильство» [134, Р. 81-130] – зазначає Р. Дворкін.

Тож для того, щоб держава мала змогу застосувати державний примус, необхідно щоб застосування такої санкції було морально легітимним, адже воно має базуватися на цілісності (integrity). Суддя повинен інтерпретувати минулі рішення так, щоб показати, що застосування сили зараз є справедливим і послідовним продовженням принципів спільноти [123]. Пояснює він це шляхом своєї концепції інтерпретивізму, про яку вже було згадано. Схожі аргументи щодо насильницької природи права також наводить Р. Кувер [117].

Критика «координаційних норм» безумовна звернена в бік «авторитету права» Дж. Раза. Співзвучною є критика Дж. Фіннісом концепції «суспільства янголів» Дж. Раза. Його ключовий аргумент полягає в тому, що теорія права має пояснювати право для людей, а не для безтілесних істот. Люди за своєю природою недосконалі, егоїстичні та обмежені. Тобто мисленнєвий експеримент за визначенням сформульований невдало, адже некоректно зображує людську природу. Для людського суспільства державний примус є не просто «додатком» до правил співжиття, а необхідною умовою забезпечення ефективності права. Без державного примусу егоїстичні індивіди (*free riders*) будуть користуватися благами спільного життя (безпекою, порядком), не сплачуючи за це «ціну» у вигляді дотримання правил.

Таким чином, підсумовує Дж. Фінніс, визначати право без державного примусу – це ігнорувати реальні умови людського існування. Він називає це антропологічним реалізмом, а також зазначає, що державний примус є визначальною характеристикою права, яка уможливорює його відокремлення від інших соціальних регуляторів («право без меча – це лише моральна проповідь») [127].

Інший юридичний позитивіст Ф. Шауер в цьому контексті зауважує, що право визначається саме тим, що воно робить те, чого не можуть зробити мораль чи етикет – воно примушує. До того ж Ф. Шауер стверджує, що Г. Гарт переоцінив кількість людей, які мають «внутрішню точку зору» (приймають право як норму). Більшість людей дотримуються права саме через страх санкцій або звичку, а не через свідоме прийняття правила. Тому державний примус є не просто «додатком», а тим, що робить право ефективним інструментом у реальному світі [186].

Л. Фуллер критикує поняття державного примусу в теоріях англо-американського юридичного позитивізму шляхом вказання на «взаємність» (*reciprocity*) у праві. Для нього людина в суспільстві погоджується

обмежувати свою поведінку і підкорятися державному примусу лише за умови, що влада сама грає за правилами (публікує закони, дотримується їх у судах – дотримується 8 принципів «внутрішньої моральності права» Л. Фуллера). Якщо влада застосовує державний примус без дотримання процедурної моралі (наприклад, карає за порушення, склад якого передбачений законом, який не був належним чином оприлюднений), то вона розриває цей зв'язок. Право перетворюється на просте насильство, а держава нічим не відрізняється від «зграї бандитів», які утримують людей в страху покарання саме силою. Чи як «мафія» у С. Шапіро, яка може бути інституційною організацією, що здійснює планування у формі правил і при цьому застосовує примус [188, Р. 215].

Як пояснює Т.Р.С. для Л. Фуллера імпліцитним компонентом права є моральний авторитет влади – баланс взаємних відповідальності уряду щодо громадян і громадян щодо уряду. З цього погляду автономність, у сенсі можливості самовизначення та незалежності, є цінністю внутрішньо співвідносною із концепцією права: право потребує згоди громадянина, а громадянин приймає його вимоги і визнає його авторитет, оскільки бачить їх виправданість у світлі виправданої концепції суспільного блага [2, С. 81]. Отже, до звичного аргументу моральної правильності він ще додає аргумент взаємності і певний процедурний механізм її реалізації.

На наш погляд аргумент від моральної правильності є ключовим для неопозитивістських авторів – саме моральна відповідність норми права зумовлює виправданість державного примусу у разі вчинення протиправних дій. Водночас коли мова йде про спробу Дж. Раза заявити, що державний примус є факультативною ознакою права, то самі ж юридичні позитивісти «надсучасного» періоду її розкритикували як непродуктивну і таку, що розмиває межу між правом та іншими соціальними регуляторами. Мисленнєвий експеримент Дж. Раза дійсно

невдалий, адже не враховує вади і негативної схильності людської природи (порівняння людей з ангелами).

Здається, що сьогодні і студенту першого курсу юридичного факультету зрозуміло, що без державного примусу право не може функціонувати. Інакше таку систему правил неможливо буде відрізнити від моральних норм чи інших соціальних регуляторів. Звісно, ці соціальні регулятори теж можуть включати елементи примусу, але обмеженого людьми, які добровільно приєдналися до певної групи, наприклад, релігійної деномінації (релігійної течії, групи).

Продуктивність і користь цієї дискусії для теорії права вкрай обмежена, хоча окремі цікаві аргументи, наприклад, щодо заохочувальних примусових норм (К. Хімма) чи «виключення» держав з міжнародної спільноти в праві міжнародному мають право на існування і можуть враховуватись законодавцем для пошуку інструментів забезпечення нормативності права.

Висновки до підрозділу 2.3

1. Центральним аргументом критики з боку непозитивістських теорій є необхідність моральної обґрунтованості для легітимності застосування державного примусу в праві. Так, непозитивісти (Р. Алексі, Р. Дворкін) критикують позитивізм за моральну нейтральність, яка позбавляє підстав для державного примусу – для них державний примус легітимний лише за умови моральної виправданості норм права. Р. Дворкін аргументує, що право як місток для легітимізації сили (на відміну від правил гри) вимагає інтерпретативного підходу з урахуванням цілісності та справедливості, інакше застосування санкцій стає несправедливим насильством.

2. Мисленнєвий експеримент «суспільство янголів» Дж. Раза нереалістичний та антропологічно помилковий: Дж. Фінніс, К. Хімма та Ф. Шауер заперечують ідею Дж. Раза про право без державного примусу в ідеальному суспільстві, стверджуючи, що теорія повинна враховувати

недосконалу людську природу (егоїзм, обмеженість), а вона цього не робить. Без державного примусу право зливається з моральними нормами, втрачаючи відмінність від інших регуляторів. При чому критика лунає як з боку непозитивістських теорій, так і всередині самого юридичного позитивізму «надсучасного» періоду.

3. Окремим в критиці державного примусу в поглядах англо-американських юридичних позитивістів є аргумент взаємності (reciprocity), запропонований Л. Фуллером. Відповідно до нього громадяни підкорюються праву лише тоді, якщо влада дотримується принципів «внутрішньої моральності права» (загальність, публічність тощо), забезпечуючи баланс відповідальності. Без цього право стає чистою силою, подібною до бандитських утворень на кшталт мафії. Натомість автономність і згода громадян базуються на моральному авторитеті влади, що поєднує державний примус з суспільним благом.

ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО РОЗДІЛУ

1. Англо-американський юридичний позитивізм піддається критиці за моральну нейтральність, яка дозволяє легітимізувати аморальні режими, на кшталт «нацистського права» у ХХ ст., ігноруючи зв'язок права з етичними принципами та справедливістю (на прикладі аргументів Г. Радбруха, Л. Фуллера, Дж. Фінніса та Р. Дворкіна). Похідною від цього є необхідність моральної обґрунтованості для легітимності державного примусу в праві. Так, непозитивісти (Р. Алексі, Р. Дворкін) критикують позитивізм за моральну нейтральність, яка позбавляє підстав для державного примусу – для них державний примус легітимний лише за умови моральної виправданості норм права.

2. Як наслідок критики відмовляють несправедливим законом в онтологічному статусі права, особливо в крайніх, кричущих (extreme) випадках несправедливості, де вони суперечать природному праву.

Зумовлена така позиція необхідністю морального підґрунтя для чинності будь-яких норм, які претендують називатись правовими (незмінний аргумент від Т. Аквінського до Дж. Фінніса та Р. Алексі).

3. Англо-американський юридичний позитивізм критикується за ігнорування принципів права, які, на відміну від норм-правил, включають моральні аспекти справедливості та чесності, і є необхідними для вирішення складних справ (hard cases), де судді здійснюють правосуддя шляхом інтерпретації норм права. Принципи права походять не з формальних джерел, а з суспільного почуття доречності, і конкретизуються суддями в момент застосування, що робить право морально узгодженою системою, на противагу механічній юриспруденції позитивізму. Принципи права мають *моральний* характер, а не *юридичний*, інакше вони нічим не відрізняються від норм-правил, що не розв'язують складні ситуації суспільного життя. Адже тоді відхід від старого регулювання до нового майже неможливий без зміни чинного закону (Р. Дворкін). Сучасний інклюзивний позитивізм здебільшого адаптувався до наведеної вище критики з боку прихильників англо-американського природно-правового праворозуміння, на відміну від ексклюзивного юридичного позитивізму.

4. Непозитивіст Р. Алексі критикує соціальний теза юридичного позитивізму за відсутність моральної легітимності та внутрішньої точки зору на право (не всі суб'єкти правозастосування приймають право), пропонуючи натомість дуальну природу права, що поєднує фактичний (соціальний) та ідеальний (моральний) виміри для забезпечення справедливості у виключних випадках. Англо-американський юридичний позитивізм надто зациклюється на чинному законі, замість того щоб розмежувати випадки, де мораль можна допустити в право, включно з правилом визнання, та випадки, де право обмежується чинним законом.

РОЗДІЛ 3. ВИКОРИСТАННЯ НАДБАНЬ СУЧАСНИХ ДОКТРИН ЮРИДИЧНОГО ПОЗИТИВІЗМУ ВЕЛИКОЇ БРИТАНІЇ ТА США В ЮРИДИЧНІЙ ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ

3.1 Загальні тенденції використання надбань сучасних доктрин юридичного позитивізму в процесі тлумачення норм законодавства України

Значення філософсько-правових та теоретично-правових спорів про право для практики часто залишається недооціненим. Здається, що для юристів-практиків все більш переконливими стають аргументи щодо подолання колізій і прогалин в праві, а також теоретичних підходів до тлумачення права. Крім мовного способу тлумачення час від часу можна спостерігати звернення суддів до історичного або телеологічного (цільового) тлумачення норм права. Все частіше в мотивувальних частинах рішень Верховного Суду та Конституційного Суду України можна зустріти посилання на принципи права.

Юридичний позитивізм у більшості сучасних україномовних філософсько-правових розвідках позиціонується як хибна або застаріла концепція, що спотворює уявлення про призначення та сутність права. Як зазначає К. Горобець типовими в цьому контексті є тези, що позитивізм є несумісним з правами людини або верховенством права, що він звужує розуміння права до волі держави, що він не дозволяє провести межу між справедливим і несправедливим правом тощо. Усе це особливо цікаво, якщо звернути увагу на те, що сучасні концепції прав людини, верховенства права і справедливості в [англо-американській] політичній і правовій філософії є домінантно позитивістськими [14, С. 10-11].

При цьому нормативна закріпленість права, беззаперечно, є основною перевагою юридичного позитивізму над юснатуралізмом. Відображення у законодавстві права як людських можливостей досягати поставлені цілі

суспільного життя забезпечує його ефективну реалізацію, адже держава як соціальна інституція робить право загальноможливим та загальнообов'язковим. Юснатуралізм, на відміну від юридичного позитивізму, не дає чіткої відповіді на питання про гарантування і захист «природних прав». У ході їхньої реалізації в разі відсутності існування явища держави, очевидно проявиться принцип *bellum omnium contra omnes* (війни всіх проти всіх), адже не встановлено жодних чітких загальнообов'язкових правил співжиття. Як зазначає Г.О. Дубов «незважаючи на втрату монополії легістським праворозумінням, жоден із нових підходів до права не зміг зайняти домінуючої позиції. В підсумку, виникла ситуація, за якої жоден із нових типів праворозуміння не є настільки загальновизнаним, щоб він міг бути покладений в основу нової доктрини і догми права» [20, С. 105].

Природне право, звісно, оперує поняттями «природних прав», «справедливості», «моралі», проте вони не можуть бути однозначно протлумачені, а тому формально виражені. Т. Подковенко та А. Романів зазначають, що спроба закріплення «природних прав» переміщує це питання у площину юридичного позитивізму, адже їхнє визнання залежатиме від волі законодавця, у зв'язку з чим держава, а не факт природного походження, стає їхнім джерелом [64, С. 23].

Водночас як зазначає Г. Гравер несправедливі закони можуть бути прийняті в справедливому в усіх інших відносинах суспільстві, але також можуть бути неминучим наслідком суспільства, яке є несправедливим і яким керує тиранія. Існує багато можливих складних правових спорів, щодо напрямів вирішення яких законодавство і юридична наука не дають чітких вказівок, і тут провідну роль починає відігравати позиція, яку *суддя чи інший суб'єкт правозастосування* займає у питанні праворозуміння. Сьогодні усі позиції в межах юридичного позитивізму і природно-правового типу праворозуміння визнають, що в деяких випадках суддя може бути

змушений нехтувати положеннями позитивних правових норм. Різні позиції визначають різні підходи саме з огляду на те, який обов'язок має суддя та як цей обов'язок обґрунтувати [17, С. 263-264].

Дослідження сучасного англо-американського юридичного позитивізму дозволяє погодитись з цією думкою, адже навіть ексклюзивні юридичні позитивісти готові вести розмову про принципи права (хоча і в позитивному вираженні) та те, як вони можуть бути застосовані в складних справах (hard cases). Водночас таких юридичних позитивістів меншість, а більшість вже давно перебувають в межах різного роду інклюзивних течій, для яких думка про можливість відступу суддею від норми позитивного права є цілком допустимою та навіть обґрунтованим. Адже моральна оцінка чинного права має місце у випадках крайньої несправедливості навіть юридичними позитивістами, як уже було досліджено. А безумовний зв'язок права і моралі для природно-правового типу праворозуміння існує за його визначенням.

На рівні наукового дискурсу питання про застосування інших, окрім чинного законодавства, джерел права часто розглядається крізь призму *інструментального* підходу, тобто без дослідження проблеми праворозуміння. Найбільш поширеним у судовій практиці вищих судових інстанцій України є звернення до доктринального розуміння положень римського права [69] [208] [226] [230] [232] [236] [240], наукового трактування юридичних понять і термінів [207] [227], застосування аналогії права та аналогії закону [210]. Судді як Конституційного Суду України, так і Верховного Суду подекуди звертаються до принципів права або ж прямо до позанормативних джерел права, насамперед моралі – ці категорії дозволяють стверджувати про наявність ознак типу праворозуміння в їх рішеннях, що є предметом аналізу цього розділу дисертації.

При цьому для звернення до різних ідей теорії і філософії права судді часто мають бути знайомими з здобутками відповідних галузей правничої науки.

В Україні наукові доробки, на відміну від деяких країн континентального права та країн загального права в цілому, не відносяться навіть до вторинних джерел права. Своєю чергою у країнах англо-американського та континентального права судді, спираючись на авторитет юридичної науки, апелюють, як правило, до тих наукових положень, що набули поширення та визнання серед представників юридичної спільноти. Наприклад, в українській юридичній науці існує широка дискусія щодо юридичного статусу принципів права (особливо в галузевих працях, до прикладу, у сфері кримінального права) [68, С. 12, 34] [11, С. 42] [87, С. 56] [18, С. 16-22]. Відповідь на це питання безперечно стосується праворозуміння судді, які такі принципи застосовує, при цьому знайти цю відповідь у рішенні суду вкрай складно, проте певні ознаки є в стратегіях їх застосування, викладено в окремих думках тощо.

Натомість у Великій Британії традиція звернення до наукових доробків вчених, особливо з Оксфорду і Кембриджу, має давню історію. Яскравим прикладом є А. Дайсі, які сформулював концепцією панування права (the rule of law), який іноді також називається домінуванням права (the predominance of law), або верховенством права (the supremacy of law) [120]. Б. Малишев зазначає, що шляхом застосування на практиці теоретичну конструкцію А. Дайсі було зведено до верховенства права (the rule of law) [47], яке є найбільш визнаним принципом права [170] або навіть сучасною правовою ідеологією (К. Горобець) [136] чи універсальною секулярною релігією (Т. Бінгем) [108, Р. 172], залежно від поглядів науковців. У Сполучених Штатах Америки виник цілий жанр «для практики» під назвою Law Review, адже університети з правничими факультетами активно коментували судову практику, намагаючись донести свої напрацювання до суддів. При чому ці огляди судової практики, на відміну від публікацій з теоретичними розвідками, часто редагувались студентами-правниками, які навчались шляхом створення майданчика для своїх професорів

перетворювати наукові доктрини у корисний для суддів коментар до судової практики.

I. Семеніхін зазначає, що такі джерела права прийнято називати «необов'язковими вторинними» або «переконливими джерелами» (secondary, persuasive sources) або просто «доктриною права» (legal doctrine/scholarship). При цьому часто судді цитують авторів, які не просто мають значний науковий авторитет, а вже написали всі свої можливі роботи. Тобто керуються правилом «better read when dead» (автор краще читати коли він уже помер), адже автор, який помер вже ніколи не змінить своєї позиції щодо тієї чи іншої правової проблеми. Відповідно суддя, який використає його ідеї, не буде змушений вступати з ним у дискусії чи змінювати винесене рішення [71, С. 7-9].

В Україні судді є активним учасниками дискусій про право на різних професійних платформах (конференціях, експертних обговореннях) тощо. Навіть якщо в окремих думках буває посилання на «обізнаність судді з науковою доктриною», проте конкретний автор, школа, течія чи напрям правничої думки не вказується. Тобто подекуди посилання на ознаки, елементи, складові праворозуміння можна знайти в окремих думках, які частіше практикуються в КСУ, рідше – Верховному Суді.

Стосовно цього можна зробити такий висновок: кожен суддя за замовчуванням має справу з чинним правом, тож якщо він не ставить його під сумнів, то присутній ознаки юридичного позитивізму як типу праворозуміння. З огляду на це навіть якщо застосовується принцип права або інструмент тлумачення права, то якщо не вказано зворотне, застосування відбувається з позиції юридичного позитивізму. Врешті якщо прямо посилається суддя на позанормативні джерела права, то тут без сумніву наявні ознаки непозитивістського типу праворозуміння. Водночас оскільки рішення завжди ухвалені колегіально, а кількість окремих думок не така значна, як цього б хотілось, то можна говорити як про *ознаки*

праворозуміння суду (згадаємо П.М. Рабіновича, який говорить про «праворозуміння ЄСПЛ») [62, С. 95], так і *ознаку праворозуміння суддів*, що формують практику цього суду. Зважаючи на різноманітність практики, відступ від попередніх позицій і подекуди динамічну практику судів, на наш погляд, обидва варіанти заслуговують на використання.

Зважаючи на предмет дисертаційного дослідження в наступних в підрозділах 3.2 (Конституційний Суд України) та 3.3 (Верховний Суд) будуть виокремлені і досліджені такі *ознаки праворозуміння суддів*:

- 1) пряме звернення судді до типу праворозуміння – наявність чітких маркерів «юридичний позитивізм» чи «природне право»;
- 2) імпліцитне звернення судді до типу праворозуміння з чітким маркером приналежності до нього, наприклад, згадка справедливості чи розумності як складових природного права;
- 3) звернення судді до принципів права з чітким вказанням на їх природне походження;
- 4) звернення судді до принципів права без чіткого вказання на їх походження, що дозволяє віднести стратегію судді як звернення і позитивного права, і природного;
- 5) запозичення суддями комплексних доктринальних концепцій. Наприклад, звернення до принципу «дружнього ставлення» або «прихильного тлумачення» норм міжнародного права. Або концепції «правомірних очікувань» (яка може бути водночас і позитивістською, і природно-правовою, і соціологічною).
- 6) підхід до вирішення конкретної справи, який свідчить про ті чи інші складові праворозуміння, які уможливили правовий висновок у такому рішенні або навпаки стали на заваді розв'язати це рішення в інший спосіб.

Висновки до підрозділу 3.1

1. Значення теоретичних спорів про природу права часто недооцінюється практикуючими юристами, але сучасна судова практика (зокрема в Україні) все частіше включає подолання колізій, тлумачення норм (історичне, телеологічне) та звернення до принципів права, що свідчить про практичну релевантність філософії права для вирішення реальних справ.

2. В Україні наукові доробки, на відміну від деяких країн континентального права та країн загального права в цілому, не відносяться до джерел права. Своєю чергою у країнах англо-американського та континентального права судді, спираючись на авторитет юридичної науки, апелюють, як правило, до тих наукових положень, що набули поширення та визнання серед представників юридичної спільноти.

3. Як судді Конституційного Суду України, так і Верховного Суду подекуди звертаються до принципів права або ж прямо до позанормативних джерел права, насамперед моралі. В усіх рішеннях складно знайти *ознаки праворозуміння*. Частіше їх можна знайти в окремих думках (більш поширені в КСУ, менше – Верховному Суді). Водночас прямих посилань на тип праворозуміння у судових рішеннях вкрай мало. А навіть якщо певний тип праворозуміння декларується, це ще не означає, що він застосовується на практиці, адже філософсько-правові погляди суддів (як і правників в цілому) не завжди достатнім чином осмислені, щоб бути практичною навичкою.

3.2 Практика Конституційного Суду України

Рішення Конституційного Суду України мають складну змішану правову природу, яка органічно поєднує прецедентний характер із нормативно-правовим, несуть в собі юридичні характеристики на рівні норм Конституції, оскільки здатні їх конкретизувати, впливають на найважливіші суспільні відносини (Д. Воронов) [10, С. 64]. Серед вчених є різні погляди на те чи є Рішення КСУ *джерелом права* (Н.А. Орловська)

[50, С. 42], *судовим прецедентом* (М.В. Мазур) [42, С. 9], *квазіпрецедентом* (Б.В. Малишев) [48, С. 9] тощо. Ми зупинимось на варіанті квазіпрецеденту, оскільки за змістом вони є прецедентом, проте чинне право не визнає наявності прецедентів серед джерел права.

Юридичні (правові) позиції КСУ є загальнообов'язковими, що полягає у їх обов'язковості до виконання, остаточності та неможливості бути оскарженими (ст. 151-2 Конституції України). КСУ може розвивати і конкретизувати юридичну позицію Суду у своїх наступних рішеннях, змінювати юридичну позицію Суду в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду (ч. 2 ст. 92 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

В науковій літературі часто стверджується, що практика Конституційного Суду України ґрунтується на природно-правовому типі праворозуміння. Подекуди це зазначається прямо (С.П. Рабінович) [58, С. 221-224], подекуди не так чітко, що допускає ширше тлумачення (Л. Бзова) [6, С. 62]. Деякі вчені прямо протиставляють позитивістський тип праворозуміння і доктрину «прав людини». Так, М. Савчин вважає, що «юридичний позитивізм унеможлиблює здійснення ефективного судового контролю щодо правомірності дій та актів органів публічної влади, оскільки в умовах демократії головним критерієм їх конституційності та законності є забезпечення прав людини і основоположних свобод» [70, С. 87]. Ми не можемо погодитись з такою позицією, адже доктрини «верховенство права» та «прав людини» цілком можуть розглядатись крізь призму різних типів праворозуміння, не лише природно-правового. Водночас зв'язок між типом праворозуміння і практикою його застосування в межах судового контролю значно складніший. Проте питання ефективності конституційного

контролю (як і конституційного правосуддя) виходять за межі цього дисертаційного дослідження.

Звернення до природно-правових підходів у практиці конституційного правосуддя пояснюється, з одного боку, тим, що саме конституційні суди, зазвичай, частіше й інтенсивніше, ніж інші національні суди, покликані у своїй діяльності адаптувати розуміння Конституції і законів до соціальних змін, оперативно реагувати на ці зміни у своїх рішеннях. З іншого боку, основний зміст конституційної юрисдикції полягає в оцінці чинного права на предмет відповідності закріпленим в Конституції найвищим правовим цінностям, загальним засадам права [64]. Тобто як і у генезі підходів до розуміння права існує перехід від природного права до позитивного, а потім намагання коригувати чинне право як воно є (*as it is*) засобами права як воно має бути (*as it ought to be*). Іншими словами – можна припустити, що конституційне правосуддя використовує методи негачії норм позитивного права, коригуючи його зміст, насамперед природно-правовими засобами.

Хоча як зазначає М. Козюбра положення природно-правової теорії нерідко є досить абстрактними, а це, своєю чергою, суттєво ускладнює застосування цього підходу на практиці [31, С. 28]. Наприклад, в Рішенні КСУ № 15-рп/2004 зазначено, що «в разі виникнення суперечностей між нормативними положеннями законодавства та ідеями справедливості, рівності, невідчужуваних прав людини тощо пріоритет у застосуванні має надаватися останнім» [214]. Зважаючи на широту такого «меню» доволі складно практикуючому юристу чи навіть судді зробити висновок як саме застосувати ці категорії при вирішенні конкретного юридичного спору. Понад те в окремих випадках можна стверджувати про певну небезпечність таких способів використання юснатуралізму, які можна назвати не інакше як «зловживанням природним правом». Тобто «розмивати» норму права, вказуючи на її неконкретність і наполягати на тому тлумаченні, що максимально широкого відсилає до норм моралі чи інших позанормативних

джерел права. Якщо у випадках захисту людини від свавілля держави звернення до таких джерел права часто є конструктивною стратегією (згадаємо «мінімальний зміст права природного у праві позитивному Г. Гарта), що відповідає «духові закону», то у вирішенні звичайних правових спорів може бути використане проти «букви закону», спотворивши його зміст і здоровий глузд в цілому.

Права людини. В рішеннях суддів КСУ подекуди можна знайти ознаки *природно-правового підходу* до розуміння права в частині *прав людини*. Наприклад, стверджується, що «верховенство права існує у двох вимірах»: перший – це «верховенство прав людини над обов’язком держави забезпечувати всі права і свободи людини», другий – це «верховенство *природних прав людини* над правами, законними інтересами органів державної влади, суспільства, соціальних груп»; що «домінування, пріоритет природних прав людини над правами та законними інтересами органів державної влади, суспільства і колективів людей і є власне основним змістом верховенства...» (Рішення КСУ від 02.11.2004 №15-рп/2004) [215]. Неодноразово судді КСУ зазначають, що права людини (людські права) є природними правами, які мають пріоритет над позитивними правами (Рішення КСУ від 23.05.2001 №6-рп/2001 [213]; Рішення КСУ від 29.01.2008 №2-рп/2008 [219] та інші).

Тож ідеї англо-американського юридичного позитивізму з його критикою універсальності прав людини (Дж. Раз), зокрема їх моральної складової, однозначно відсутні в практиці суддів КСУ. В цій частині судді КСУ однозначно дивиться на права людини крізь призму природного права. Принаймні у цих рішеннях є такі ознаки, в усіх інших рішеннях де він не оспорує правове регулювання тих чи інших прав неможливо ствердно віднести до того чи іншого типу праворозуміння.

Позитивізм як негативна категорія в окремих думках. Прикладом прямої згадки юридичного позитивізму (хоча і в окремій думці) є Рішення

Конституційного Суду України від 14 грудня 1999 року № 10-рп/99 [212], в якому Суд розтлумачив норми ч. 1 ст. 10 Конституції України про те, що «державною мовою в Україні є українська мова». В окремій думці [211] судді Мироненка О.М. до зазначається, що Конституційний Суд України ухвалив рішення «знаходячись у тенетах жорсткого юридичного позитивізму і неопозитивізму, вузьконормативного праворозуміння, що вже протягом майже століття безмежно панують у вітчизняній правовій науці і практиці». Пояснює автор це тим, що КСУ «вчинив спробу надати вигляд офіційного тлумачення насправді сформульованим ним новим правовим нормам, тобто перебрав на себе повноваження законодавчої влади, чим порушив не тільки ст. 6, а й п. 5 і 6 ст. 92 Конституції України». Загалом за оцінкою В. Речицького мова йде про те, що КСУ у своєму Рішенні «всіляко намагався поширити обов'язок застосування державної мови на «довкола-державні», або «напівдержавні» сфери. Не маючи чіткого уявлення про останні, Конституційний Суд полегшив свою місію посиленням на те, що «публічні сфери суспільного життя» мають визначатися законом» [67, С. 376].

Суддя вважає, що КСУ не мав права шляхом тлумачення створювати норми права, які обмежують сферу дії ст. 10 Конституції України. При цьому він називає таке *розширювальне тлумачення* конституційних норм права «позитивізмом» і «неопозитивізмом», без уточнення значення цих термінів. Врешті він звертається до еволюційних підходів до судового тлумачення у Верховному Суді США. При цьому варто уточнити, що опозиція між еволюційним (evolutionism) (Конституцію можна розвивати, уточнювати, вдосконалювати в межах її загальних ідей) та ориджіналістським (originalism) (Конституція підлягає буквальному тлумаченню, а її тлумачення має спиратись на оригінальний задум її авторів, а не розвиватись у часі і підлаштовуватись під нові соціальні умови) підходом

до тлумачення Конституції США є окремою проблемою американської юридичної науки, яку складно застосувати до питання, яке розглядає суддя. На наш погляд, в таких позиціях існує внутрішня суперечність, яка може бути пояснена слабким аргументуванням власних думок в окремій думці до Рішення КСУ, або просто недостатнім розумінням проблеми розмежування типів праворозуміння. Тому що створення судом нових норм права виходить за межі будь-якої позитивістської концепції що в Україні, що в англо-американському світі. «Судовий активізм» є характерною ознакою інших типів праворозуміння, насамперед природно-правового. На наш погляд, суддя помилково ототожнив розширювальне тлумачення чинної позитивної норми права з створенням нової норми права, адже повноваження суддів тлумачити закон походить з Конституції України (судова правотворчість, уточнення змісту норми права, пошук права [31, С. 22]).

Інший приклад: В окремій думці судді В. Лемака до іншого Рішення КСУ №4(II)-р/2025 [202] прямо критикується юридичний позитивізм, заперечення недержавних регуляторів права та небажання суду звертатися до позанормативних джерел права. В окремій думці суддя посиляється на наказову теорію права Дж. Остіна, підсумовуючи, що і «в наші дні *модерний (модифікований) позитивізм*, з-поміж іншого, охоплює те, що: а) створення або ідентифікація правових правил чи норм ґрунтується на «джерелах», тобто головним чином на формі, а не на змісті правила; б) позитивне право є основним або виключним об'єктом юридичної науки чи практики, а слово «позитивне» визначається або як продукт людської творчості через людські вольові акти, посиляючись на латинське слово *positus*, або як відповідь на емпірично задані («positive») соціальні факти та реальність права» [160]. Тут же суддя зазначає, що «в конституційній юриспруденції багатьох іноземних судів сьогодні ставлення до правового позитивізму є негативним». Для цього наводяться приклади конституційних судів ФРН та

Чехії, хоча критичні стосовно юридичного позитивізму позиції суддів обох цих судів вкрай обумовлені травматичним спадком нацизму та радянського соціалізму. Застосовно ж до англо-американського світу це твердження є хибним, про що вже неодноразово вказувалось у цій праці.

Загалом суддя В. Лемак послідовно відстоює природно-правовий підхід і доречно вказує у розбіжній думці на те, що більшість суддів стала на позитивістську позицію щодо можливості віднести рішення органів адвокатського самоврядування до актів права. Суд вирішив, що вони такими не є, отже не підлягають обов'язковому оприлюдненню, що є умовою чинності законів та інших нормативно-правових актів згідно з ст. 57 Конституції України. При цьому залежно від типу праворозуміння судді відповідь на питання конституційності могла мати протилежні відповіді.

Походження права (процедура). Рішення Конституційного Суду України від 28.02.2018 №2-р/2018 [224] Закону України «Про засади державної мовної політики», яким обґрунтовано неконституційність Закону саме з міркувань недотримання належної правової процедури є ілюстрацією порушеного *походження* права як соціального факту (*pedigree thesis*). Цим Рішенням Закон України «Про засади державної мовної політики» від 3 липня 2012 року №5029-VI [61] (відомий як «закон Ківалова-Колесніченка») визнано неконституційним через порушення конституційної процедури його розгляду, голосування та ухвалення. При цьому характер такого порушення мав системний характер та істотно вплинули на остаточний результат прийняття цього Закону.

Зокрема мова йшла відсутність особистого голосування народних депутатів (в порушення ст. 84 Конституції України), що є фундаментальною вимогою для легітимності законодавчого процесу. Порушення Регламенту Верховної Ради України, зокрема щодо розгляду поправок, голосування та дотримання строків. Відсутність належного обговорення та голосування за поправки, що зробило процес непрозорим і свавільним. На відміну від попередніх

прикладів КСУ фактично звернувся до «соціального тези», адже не вдавався до дослідження змісту Закону №5029-VI. КСУ зазначив, що дотримання встановленою Конституцією України процедури розгляду, ухвалення та набрання чинності законами є однією з умов легітимності законодавчого процесу, у випадку її порушення конституційному контролю підлягає не зміст закону, а встановлена Конституцією України процедура його розгляду та ухвалення. Тобто мова йде сам про його походження як соціального конструкту, яке не було забезпечено належним чином.

В окремій думці [204] суддя М.І. Мельник зазначає, що Суд в цьому Рішенні вперше дав системну оцінку неприйнятності порушень встановленої Конституцією України процедури розгляду та ухвалення правових актів парламентом (зокрема, стосовно неособистого голосування народних депутатів України), що сприятиме подальшому підвищенню правової охорони Конституції України у законотворенні. При цьому він вважає суттєвим недоліком те, що визнання Закону неконституційним відбулось лише з формальних (процесуальних) підстав без детального і ґрунтовного аналізу його змісту. Більшість суддів КСУ (11 з 14 суддів, які ухвалювали це Рішення) подали окрему думку до Рішення, в яких здебільшого також наводились аргументи щодо змістовної неконституційності Закону, а не лише процедурної.

До аналогічного – процедурного аргументу – судді Конституційного Суду України звернулись вже за декілька місяців у Рішенні від 26.04.2018 №4-р/2018 [225] стосовно неконституційності Закону України «Про всеукраїнський референдум». В ньому також мова йшла про неособисте голосування народними депутатами, не розгляд законопроєкту профільним Комітетом тощо. У цій справі КСУ зазначає, що вказані порушення конституційної процедури розгляду і ухвалення Закону №5475-VI [60] є достатніми для висновку про істотний вплив цих порушень на остаточний результат його ухвалення (аналогічна позиція до тієї, що була висловлена у

Рішенні №2-р/2018). Понад те судді КСУ дещо уточнили позицію, вказуючи на «системний, грубий характер порушення конституційної процедури розгляду й ухвалення нормативного акта... є підставою для визнання цього акта неконституційним».

Водночас КСУ, зважаючи на мету Закону №5475-VI, КСУ дійшов висновку щодо потреби його перевірки на відповідність Конституції України також із огляду на його зміст. При чому в окремій думці [203] суддя О.М. Литвинов критикує Суд за такий підхід, адже якщо послідовно застосовувати позицію, висловлену у Рішенні №2-р/2018, то зайвим було після визнання неконституційним Закону з процедурних питань звертатись ще до його змісту. Суддя І.Д. Сліденко в окремій думці [206] також вказує на цю непослідовність, а також те, що між Рішенням №2-р/2018 та №4-р/2018 пройшло всього два місяці, а суспільні відносини за цей час не змінилися. Як приклад суддя посилається на справи щодо сегрегації у Верховному Суді США, де Суд хоча і змінив позицію, але для цього йому знадобилось пів століття. Суддя М.М. Гультай в окремій думці [201] не погоджується з аналогією позицій КСУ та вказує, що «системний, грубий характер» стосовно порушення конституційної процедури розгляду й ухвалення нормативного акта є більше політичним, аніж юридичним критерієм та не відповідає принципу правової визначеності.

Отже, хоча порушення конституційної процедури розгляду проєкту закону є автономною підставою для визнання цього закону неконституційним, тим не менш наявність всього двох рішень, які визнають неконституційність з процедурних питань (з питань походження норми права – в порушення соціального тези), свідчить про непопулярність такого підходу серед суддів КСУ. Саме тому надалі він не зустрічається у рішеннях суду (мова йде, звісно, про останні 7 років), що також пояснюється тим, що Рішеннями №2-р/2018 та №4-р/2018 визнано неконституційними закони, ухвалені Верховною Радою України VI скликання, повноваження якої були

достроково завершенні у зв'язку з Революцією Гідності (2014). Тож в таких рішеннях присутні ознаки юридичного позитивізму, що характеризується тезою про соціальні джерела права, зокрема належну процедуру його створення законодавцем.

Принципи права. До джерел права Конституційний Суд України включає не лише норми-правила, а й норми-принципи. Так, у своєму Рішенні від 02.11.2004 р. №15-рп/2004 [201] КСУ вказав, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема принципи права, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим його культурним рівнем. Водночас принципи права, відповідно до сучасного англо-американського юридичного позитивізму, можуть бути як принципами позитивного права, так і права в природно-правовому типі праворозуміння.

В цьому ж Рішенні, судді КСУ безперечно декларують природно-правове розуміння принципів права, адже говорить про позанормативні джерела права, називаючи такі соціальні регулятори як норми моралі, традиції, звичаї тощо. При цьому вони мають бути легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Тобто законодавство – лише одна з форм права, адже право включає й інші соціальні регулятори. Водночас всі елементи права об'єднані якістю (ідеєю права), яка значною мірою дістала відображення в Конституції України [202].

В українських наукових дослідженнях, які звертаються до практики Конституційного Суду України, панує думка, що мова йде про принципи права як *принципи природного права*, тобто такі принципи, що уможливлюють звернення суду до позанормативних джерел права (насамперед, моралі). С.П. Рабінович зазначає, що природне право не може виявлятися у вигляді конкретних правил поведінки, а існує у вигляді правових, морально-правових чи політико-правових принципів. Принципи

справедливості, пропорційності, спільного блага, добросовісності, гуманізму та інші тісно пов'язані з концепцією природного права. Вони функціонують як внутрішні, «вбудовані» в структуру суб'єктивних прав ціннісно-нормативні обмеження їх змісту та способів здійснення, як загальні орієнтири прийняття юридичних рішень [64, С. 312-313]. Р. Дворкін назвав б їх *моральними* принципами.

Натомість з позиції юридичного позитивізму застосування принципів права відбувається шляхом посилання на позитивний зміст норми-принципу. Питання радше в тому до чого звертаються судді КСУ – до позитивного змісту принципу (визначеного законом, попередньою юридичною позицією КСУ), чи до позанормативних джерел права (моралі, політичної доцільності, уявлення суддів про суспільне благо в конкретних момент часу тощо).

На наш погляд, все ж таки у практиці Конституційного Суду України можна знайти і пряме застосування норм позитивного права без звернення до позитивних принципів права, наприклад, *принципу рівності*. Так, у рішенні від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99 у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів [210] Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення ч. 1 ст. 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних осіб і не поширюється на юридичних осіб. Нагадаємо, що основним аргументом на користь такого рішення слугувало те, що «в Конституції України стаття 58 міститься у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», в якому закріплені конституційні права, свободи і обов'язки насамперед людини і громадянина та їх гарантії».

На наш погляд, судді КСУ могли б застосувати принцип рівності і до юридичних осіб, оскільки вони є продовженням волі людини у формі асоціації (зібрання, утворення) для реалізації своїх цілей. Тобто ні назва

Розділу II Конституції України «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», ні відсутність окремого принципу рівності прав юридичних осіб, не перешкоджає застосувати цей принцип для уточнення змісту позитивної норми права, що регулює ретроактивну дію права у визначених випадках. Проте судді сформували іншу позицію. Але як ця позиція, так і наше бачення, важливо зауважити, цілком залишається в межах юридичного позитивізму.

Справедливість. Концепція природного права ґрунтується на ідеї справедливості, якій належить визначальна роль у процесі правозастосування. Справедливість за своєю сутністю є абстрактним поняттям, у зв'язку з чим розуміння її змісту може дещо варіюватися в межах різних правових систем, адже віддзеркалює соціальні реалії кожного конкретного суспільства. Водночас ця категорія традиційно розкривається через такі правові принципи, як-от «пропорційність», «однакове ставлення до однакового» [55, С. 259] тощо.

Конституційний Суд України, надаючи визначення поняттю «справедливість», зазначив, що її треба розглядати як властивість права, виражену, зокрема, у рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення [214].

Правова визначеність. Близьким до юридичного позитивізму є низка рішень [217] щодо правової визначеності як складової верховенства права. В них КСУ акцентує увагу на тому, що принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності.

Складовими принципу верховенства права є, зокрема, правова передбачуваність та правова визначеність, які необхідні для того, щоб

учасники відповідних правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано. Таким чином, юридична визначеність передбачає, що законодавець повинен прагнути до чіткості та зрозумілості у викладенні норм права. Кожна особа відповідно до конкретних обставин має орієнтуватися в тому, яка саме норма права застосовується у певному випадку, та мати чітке розуміння щодо настання конкретних правових наслідків у відповідних правовідносинах з огляду на розумну та передбачувану стабільність норм права [217].

Зрозуміло, що в таких випадках Суд звертається до юридичної техніки і не досліджує моральний зміст правових норм. Для нього важлива чіткість та однозначність норми-правила, з чим зазвичай асоціюється юридичний позитивізм – *нормативізмом*, текстуальним прямим тлумаченням тощо. Звісно, що юридичний позитивізм не вичерпується цим, але для нього важливою є ефективність правового регулювання, яке неможливе без правової визначеності. Цей принцип цілком можна віднести до позитивістського типу праворозуміння.

Людська гідність. Судді КСУ у Рішенні від 11.10.2005 № 8-рп/2005 [218] (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) вказали, що «в Україні як соціальній, правовій державі політика спрямовується на створення умов, які забезпечують достатній життєвий рівень, вільний і всебічний розвиток людини як найвищої соціальної цінності, її життя і здоров'я, честь і *гідність*. Утвердження та дотримання закріплених у нормативно-правових актах соціальних стандартів є конституційним обов'язком держави».

У Рішенні Другого Сенату від 16.09.2021 №6(II)-р/2021 [234] судді КСУ явно звертаються до природно-правової аргументації, зазначаючи, що «Людина є скарбом Природи, звідки й походять притаманні людині за

народженням права і свободи, тобто ті, що природні. Людська гідність як джерело всіх прав і свобод людини та їх основа є однією із засадничих цінностей українського конституційного ладу».

Другий Сенат КСУ у Рішенні від 22.06.2022 №5-р(II)/2022 [237] (щодо дискримінації у реалізації права на житло) детальніше розкриває зміст такої категорії як «людська гідність». Суд зазначає, що своєю чергою вчення про права людини тісно пов'язане з концепцією *людської гідності*, що є ключовим критерієм оцінки ставлення до людини з боку органів влади та інших осіб. Права і свободи людини випливають із людської гідності. Також у контексті європейської інтеграції України Суд зазначає, що Європейський Союз заснований на «цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права та додержання людських прав, включаючи права осіб, які належать до меншин», а також на тому, що «ці цінності є загальними для держав-членів у суспільстві, де панує плюралізм, недискримінація, толерантність, справедливість, солідарність та рівність між жінками та чоловіками». У цьому Рішенні КСУ визначає гідність як критерій визначення житла, адже «житлом можуть бути визнані лише такі умови для проживання людини, які забезпечують для неї можливість перебувати в безпеці, спокої та гідності». У Рішенні від 20.12.2023 № 11-р(II)/2023 [238] судді КСУ вказують на те, що «можливість кожного відвідати свого тяжкохворого близького родича або бути присутнім на його похованні є складником конституційного права на недоторканність особистого та сімейного життя у сув'язі з людською гідністю».

Водночас поняття «людської гідності» є занадто абстрактним для його застосування у практиці суду з метою коригування змісту позитивного права. Н. Зозуля зазначає, що в контексті «людської гідності» мета Суду гарантувати існування дієвих механізмів забезпечення омріяного простору «свободи, безпеки та правосуддя», який зрештою надає особі всі

можливості для гідного існування [27, С. 69]. Проте навіть якщо застосовувати підхід Р. Дворкіна, який побачив би тут пошук суддею найкращої інтерпретації права, спираючись на *моральні* принципи, складно пояснити для чого Суду необхідно було звертатись до цього поняття. Людська гідність як політична мораль уже міститься в регулюванні житлових умов (через конкретні норми-правила, якими визначено поняття житла, порядок його реєстрації, вимоги до забудовників тощо) та пенітенціарних правил, якими передбачено порядок відвідування засуджених осіб.

Навіть у Рішенні від 16.09.2021 №6(II)-р/2021 [234] щодо «права на надію» для довічно засуджених осіб, яким фактично повторюються аргументи Рішення ЄСПЛ «Petukhov v. Ukraine (№ 2)» [244] (2019), КСУ, поєднуючи відсутність перспективи звільнення з мінімальним порогом жорстокості для катування або нелюдського поводження (похідне право від людської гідності), не запропонував практичний шлях імплементації цього принципу в законодавства. Неординарність цього рішення також пов'язана з тим, що КСУ визнав неконституційними не приписи Кримінального кодексу України (КК України) про цей вид покарання, а «ч. 1 ст. 81, ч. 1 ст. 82 КК України в тім, що вони унеможлиблюють їх застосування до осіб, яких засуджено до відбування покарання у вигляді довічного позбавлення волі» (не тіло закону, а відсутність відповідної норми права в інституті дострокового звільнення осіб, які відбувають покарання). З позиції юридичного позитивізму складним питанням є існування імпліцитних норм права в комплексі норм, що регулюють той чи інший інститут (наприклад, в американському конституціоналізмі є вкрай складна проблема «presidential inherent powers» [129], яка дозволяє розширювальне тлумачення комплексу норм щодо президентських повноважень). Тому цілком обґрунтованою є думка українських вчених-криміналістів, відповідно до якої передбачений чинним КК України двоетапний механізм

звільнення від довічного позбавлення волі знаходиться в межах стандарту, сформульованого ЄСПЛ, і не суперечить ні ЄКПЛ, ні Конституції України [57].

Принцип дружнього ставлення (прихильного тлумачення) до міжнародного права. С. Шевчук зазначає, що під принципом дружнього ставлення до міжнародного права слід розуміти звернення Конституційного Суду України під час здійснення інтерпретаційної діяльності до міжнародноправових норм, зокрема ЄКПЛ, а застосування ЄКПЛ без звернення до практики ЄСПЛ не можливе [88, С. 127]. У цьому контексті ілюстративними є Рішення КСУ від 01.06.2016 № 2-рп/2016 [222] (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) та Рішення від 08.09.2016 № 6-рп/2016 [223] (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій). Так, КСУ безпосередньо у тексті зазначених рішень вказав на застосування принципу дружнього ставлення до міжнародного права. Обґрунтовуючи його застосування бажанням українського народу до міждержавного діалогу, що виявляється в укладенні міжнародних договорів у порядку і на умовах, передбачених ст. 9 Конституції України.

Дію цього принципу можна відстежити, коли у процесі застосування практики ЄСПЛ КСУ виявляє суперечність між національним законодавством та міжнародно-правовими нормами, обов'язковість яких нашою державою визнано в установленому законом порядку, у такому разі відповідно до «принципу дружнього ставлення до міжнародного права» КСУ повинен застосувати норму міжнародного права у такому контексті, як її тлумачить ЄСПЛ у своїх рішеннях, як єдиний офіційний інтерпретатор ЄКПЛ [77, С. 346].

Конституційний Суд України вивів конституційно-правовий принцип поваги (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) з німецької правової системи до

міжнародного права. Водночас стосовно назви «дружнє ставлення до міжнародного права» С. Головатий зазначає, що це був наслідок перекладацької помилки, коли в тексті одного з рішень Федерального Конституційного Суду Німеччини (Ухвала Другого сенату за конституційною скаргою від 22.08.2018 – 2 BvC 1/18) німецький вислів «Völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes» українською хибно подали як «принцип дружнього ставлення Основного закону до міжнародного права». Насправді ж Федеральний Конституційний Суд Німеччини, розв’язуючи проблему місця (ієрархічного) ЄКПЛ як міжнародного договору в системі німецького національного права, знайшов формулу, що давала відповідь на шукане задля німецького конституційного судочинства. За цієї формули німецький вислів слід було читати як «прихильне до міжнародного права тлумачення Зasadничого Закону», а не як його переклали українською. Явище, що його німецький конституційний судочинець позначив формулою «прихильне до міжнародного права тлумачення Зasadничого Закону (Grundgesetz)», зумовлене особливостями лише німецького конституційного правопорядку [12, С. 14].

З позиції досліджуваної тематики звернення КСУ до принципу «дружнього ставлення» або «прихильного тлумачення» може бути гарним методом для заповнення принципів права нормативним змістом з позиції юридичного позитивізму. Так, юридичний позитивізм допускає застосування принципів права, які знайшли своє вираження в позитивному нормативному змісті. Водночас такий зміст визначається вкрай обмежено як в Конституції України, так і законах. А формування квазіпрецедентної судової практики, зокрема суддями КСУ є довгим процесом корегування чинного права.

Звернення суддів КСУ до нормативного змісту принципів права в прецедентній практиці ЄСПЛ, Міжнародного Суду справедливості ООН, Міжнародного кримінального суду тощо, може суттєво прискорити та урізноманітнити цей процес, залишаючи КСУ в межах позитивістського

типу праворозуміння. Інше питання, чи має суд досліджувати нормативні джерела таких рішень, адже у разі якщо вони позаправові, непозитивістські, то виникає суперечність між поглядами на природу права судді, який запозичує зміст принципу з міжнародного права в межах «дружнього ставлення» («прихильного тлумачення»), і поглядами на природу права судді, який його застосовував в іноземній юрисдикції.

Проте слабким місцем такого підходу також є порушення тези про соціальні джерела права, адже зміст принципів права походить не від волі законодавця, а природно-правових тлумачень судів, наприклад, ЄСПЛ. Хоча низка міжнародних документів і виражають текстуально зміст принципів, а їх соціальне походження (*pedigree*) можна знайти у волі Парламенту, який ратифікує відповідні міжнародні договори. Така стратегія, на наш погляд, може суттєво збагати юридичний позитивізм у застосуванні *юридичних* принципів права.

Висновки до підрозділу 3.2

1. В практиці суддів КСУ подекуди можна знайти ознаки природно-правового підходу до розуміння права, де прямо називаються *моральні* принципи право або такі категорії як гідність, справедливість тощо. При цьому звернення до природно-правових підходів у практиці конституційного правосуддя пояснюється, з одного боку, тим, що саме конституційні суди, зазвичай, частіше й інтенсивніше, ніж інші національні суди, покликані у своїй діяльності адаптувати розуміння Конституції і законів до соціальних змін, оперативно реагувати на ці зміни у мотивувальних частинах своїх рішеннях, надавати оцінку чинному праву.
2. Окремі приклади з практики КСУ свідчать про можливість звернення до позицій англо-американського юридичного позитивізму. Наприклад, неконституційність Закону України «Про засади державної мовної

політики» саме з міркувань недотримання належної правової процедури є ілюстрацією порушеного походження права як соціального факту.

3. Часто окремі думки є джерелом уявлень про праворозуміння суддів КСУ. Наприклад, в окремій думці судді О. Мироненка критикується «неопозитивізм», «вузьконормативне праворозуміння», а В. Лемака – «модерний (модифікований) позитивізм». Водночас зміст явищ, які критикується, при цьому не розкривається, а критика вживається як загальне місце в дискусії.

4. Судді КСУ звертаються до принципу дружнього ставлення (прихильного тлумачення) до міжнародного права. Така стратегія уможливорює застосувати *юридичні* принципи права з міжнародних актів, прецедентної практики судів та інших джерел права, при цьому, залишаючись в межах юридичного позитивізму. Соціальне походження права в такому випадку забезпечується ратифікацією міжнародного договору, на підставі якого ці міжнародні акти застосовуються, тобто певно соціальною конвенцією щодо змісту норм права.

3.3 Практика Верховного Суду

Порівняно з практикою Конституційного Суду України, в рішеннях суддів Верховного Суду (до 2017 року – Верховного Суду України) доволі складно знайти виражені ознаки використаного ними праворозуміння, а тим паче вплив чи потенціал для застосування ідей англо-американського юридичного позитивізму. Статус правових позицій Верховного Суду змінювався з часом, а інститут окремої думки у випадку касаційного судочинства застосовується вкрай обмежено.

До 2010 року юридична сила правових позицій ВСУ поширювалась лише на ту справу, у якій сформульований висновок та ухвалене остаточне рішення. М. Шумило пояснює, що ідеологія касаційного перегляду полягала в тому, що ВСУ забезпечує єдність і сталість судової практики не

прямо через свої рішення, а опосередковано через постанови Пленуму ВСУ, які мали *de jure* рекомендаційний характер, а *de facto* були «настільними книгами» з питань правозастосування кожного судді й тих правників, які дотичні до практичної юриспруденції [89, С. 48]. В період 2010-2017 року в процесуальних кодексах з'явилась низка випадків, в яких правові позиції касаційного суду є обов'язковими для судів всіх інстанцій, але мова йшла радше про винятки, оскільки Постанови Пленуму ВСУ і надалі відігравали пануючу роль. З 2017 року і станом на зараз висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права (ч. 5 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Водночас висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права (ч. 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Таким чином правова позиція Верховного Суду хоча прямо і не називається нормою права, але вказується на імпліцитний зв'язок між нею та обов'язковістю для суб'єкта владних повноважень, який застосовує норму права. Такі випадки прийнято називати квазіпрецедентом в континентальній системі права (з огляду на обов'язковість правових позицій ВС для судів нижчих інстанцій). Н. Пархоменко також пропонує подивитись на них як на переконливі прецеденти (*persuasive precedent*), які є не просто результатом правозастосовної діяльності суду вищої інстанції, а в силу авторитетності суду та вагомості рішення можуть суттєво впливати на формування усталеної національної та міжнародної судової практики [53, С. 137]. Для юридичного позитивізму ні перший, ні другий випадок не складають проблеми, адже в першому випадку повноваження на створення таких норм шляхом інтерпретації (тлумачення) суддями чинних позитивних норм визначені Законом, ухваленим Парламентом, а в другому

– судді ухвалюють рішення, ґрунтуючись на власному переконанні, беручи до уваги авторитетність рішень судів вищих інстанцій.

У актуальній практиці суддів Верховного Суду подекуди зустрічається посилення на положення «*природного права*», однак роз'яснення змісту цього терміно-поняття, як і посилення на конкретну юснатуралістичну концепцію – відсутні. У той же час юридичний позитивізм прямо не згадується в рішеннях Верховного Суду, а тим паче не вказано на використання ідей англо-американського юридичного позитивізму.

Принципи права. В Постанові Верховного Суду від 04.06.2020 у справі № 460/354/19 [231] судді звертаються до принципу правової (справедливої) процедури. При цьому основна мета такої процедури, на їх думку, щоб суб'єкти владних повноважень, діяли правомірно, тобто належно, згідно з визначеними нормами права, але такими нормами права, які відповідають критеріям природного права, моральності, розумності, справедливості, а також загальноправовим принципам, що встановлені органами правосуддя. Таким чином судді, в дусі природно-правового типу праворозуміння, пов'язують чинність норм права з відповідністю критеріям природного права. В постанові Верховного Суду від 15.12.2021 № 907/81/21 Суд також апелює до справедливості, надавши роз'яснення, що у разі недобросовісного виконання договірних зобов'язань суди повинні керуватися засадами добросовісності, розумності та справедливості (ст. 3 ЦК України).

При цьому в окремій думці судді Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 26.09.2023 р. у справі №640/7520/21 [209] вказують на приналежність норм-принципів до норм позитивного права: «якщо норма-принцип адресована усім правозастосувачам, у т.ч. законодавцеві, то це означає, що її слід не лише читати, усвідомлювати, поважати, а й виконувати, у тому числі й законодавцеві». Принаймні системне тлумачення думок суддів дозволяє зробити висновок, що про

жодні позанормативні джерела права тут не йдеться, а *юридичний* принцип права тотожний за механізмом реалізації до норми-правила.

Загалом у цілій низці рішень Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, що стосуються справ пов'язаних із вирішенням податкових спорів, містяться посилання не тільки принципи податкового законодавства, але й на загальні принципи права. Так, зокрема, мова йде про такі загальні принципи права як принцип верховенства права, принцип правової визначеності, принцип законності, принцип недискримінації тощо. Водночас, на думку С. Данієляна, застосування таких загальних принципів права зводиться до їх декларативного закріплення та формулювання теоретичних конструкцій на їх основі [17, С. 181].

Contra legem – *всупереч закону*. Найбільш відомим прикладом діяльності *contra legem* є рішення Верховного Суду України від 03.12.2004 [216] про визнання дій Центральної виборчої комісії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України та складанню протоколу про результати повторного голосування з виборів Президента України від 24.11.2004 неправомірними. Суд вказав на системні і грубі порушення засад виборчого процесу при повторному голосуванні з виборів Президента України 21.11.2004, а також те, що Центральною виборчою комісією порушені вимоги Закону України «Про вибори Президента України» при встановленні результатів виборів Президента України. Це Рішення Верховного Суду стало одним із ключових моментів, який допоміг вирішити політичну кризу, що виникла в Україні після виборів 2004 року, і призвело до спаду масових протестів.

На той час Закон України «Про вибори Президента України» не передбачав можливості проведення повторного голосування у другому турі виборів і не встановлював подібні строки. Понад те – не передбачав можливості визнати результати виборів недійсними, лише на окремих дільницях. У цій справі Суд дійшов висновку про порушення принципів (хоча ВСУ і вживає слово

«принципи», але подальший перелік чітких положень закону свідчить радше про «механізми» або «порядок» проведення виборів) виборчого права та засад виборчого процесу, що виключає можливість достовірно встановити результати справжнього волевиявлення виборців. Суд поновив права суб'єктів виборчого процесу шляхом проведення повторного голосування і зобов'язав Центральну виборчу комісію призначити повторне голосування по виборах Президента України в строк, установлений ч. 1 ст. 85 Закону України «Про вибори Президента України», обчислюючи його з 5 грудня 2004 року.

На думку М. Козюбри, в цьому Рішенні принцип верховенства права безпосередньо був використаний в українській судовій практиці справді вперше. Це було спричинено недосконалістю Закону України «Про вибори Президента України». Адже він не передбачав підстав для визнання виборів недійсними в окремому територіальному виборчому окрузі та результатів виборів в Україні в цілому — зокрема й у судовому порядку. Це намагалися використати представники Центральної виборчої комісії та представники зацікавленої особи (В. Януковича) для обґрунтування «незаконності» самого розгляду справи Верховним Судом. Відсутність виписаних в законі підстав для визнання результатів виборів недійсними зовсім не означає, що право у такій ситуації не має «управи» на владне свавілля – масові брутальні порушення виборчих прав громадян та принципів виборчого права, що мали місце під час виборчої кампанії [30, С. 16-17].

Водночас Суд в цьому рішенні прямо не вказує на звернення ним до принципів права, моралі чи політичної доцільності або інших позанормативних джерел права. Хоча М. Козюбра і пише про застосування суддями принципу верховенства права – але про це немає жодного слова у тексті Рішенні. Суд радше заповнює *прогалину* у законодавстві, вказуючи на інструмент розв'язання складної правової справи, який передбачений чинним законодавством.

Цей механізм можна назвати як природно-правовим (якщо розуміти верховенство права як природно-правовий принцип, адже якщо дивитись на нього як дотримання матеріальної та процедурної визначеності – верховенства права може бути і позитивістською засадою), так і позитивістським (заповнення прогалин шляхом аналогії права). При чому другий підхід, на наш погляд, більш переконливий. Виходить, що найвідоміше рішення в історії Верховного Суду України за своїм змістом є радше позитивістським, аніж природно-правовим.

Категорія «правомірних очікувань». У Постанові Верховного Суду в справі № 531/1443/20 від 25.05.2022 Суд зробив висновки, що застосування ідеї «правомірного очікування» у відношенні до захисту речових прав повинно здійснюватися з урахуванням положень 1-го Протоколу до [Європейської] Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ставиться у залежність від міри дотримання вимог елементів принципу верховенства права – правової передбачуваності та правової визначеності [235].

У Постанові Верховного Суду від 01.09.2022 р. у справі № 120/8450/20-а [239] Суд також звертається до принципу «правомірних очікувань» з природно-правових позицій. Суд зазначає, що відсутність у законі приписів щодо певного права, яке однак, слідує із загальних конституційних принципів або природного права, або відсутність закону, який визначає механізм реалізації такого права, не може свідчити про відсутність правового підґрунтя для виникнення в особи легітимного очікування щодо реалізації такого права. Тобто допускає звернення до позанормативних джерел права з сфери моралі, що є свідченням природно-правового типу праворозуміння. У випадку ж, якщо вони стосуються життя і здоров'я людини, то і інклюзивні юридичні позитивісти погодились б з такою стратегією судді.

При цьому І. Бесага констатує, що посилення на принципи природного права є скоріше стилістичною фігурою, ніж реальним використанням

природно-правових ідей чи концепцій [5, С. 73]. Сама ж концепція «правомірних очікувань» (*berechtigte Erwartung / legitimate expectations*) є радше соціологічною, аніж природно-правовою, адже В. Майхофер (Werner Maihofer) (автор концепції) визначав правомірні очікування як сподівання на те, що кожен у певній ролі чи становищі буде вести себе так, як належить його ролі чи впливає зі становища, мають у В. Майхофера подвійне смислове навантаження. Вони одночасно виступають як мірою власної поведінки, так і презумпцією того, що інші також не порушуватимуть вимог, заданих їхнім актуальним соціальним статусом [5, С. 74] [164, Р. 119].

Звуження закону з метою звернення до кращих практик міжнародного права. У Постанові Великої Палати Верховного Суду від 28.02.2024 р. у справі № 415/2182/20 [200] визначено ознаки суб'єкта злочину, передбаченого ст. 437 КК України «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни». У своєму правовому висновку Суд вказав на те, що діяння, визначені у ст. 437 КК України, здатні вчиняти особи, які в силу службових повноважень або фактичного суспільного становища спроможні здійснювати ефективний контроль за політичними чи воєнними діями або керувати ними, та/або істотно впливати на політичні, військові, економічні, фінансові, інформаційні та інші процеси у власній державі чи за її межами, та/або керувати конкретними напрямками політичних або воєнних дій.

На той час формулювання ст. 437 КК України передбачало, що злочин агресії може бути вчинений загальним суб'єктом – фізичною осудною особою, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Ухвалений КК України 2001 р. (так звана «Нюрнберзька модель», яка допускала можливість засудження широкого кола осіб за злочин агресії, наприклад, обвинувачення щодо промислового магната IG Farben).

Водночас міжнародне кримінальне право, насамперед стаття 8bis Римського Статуту Міжнародного кримінального суду, яку можна назвати квінтесенцією цієї галузі права, містить спеціального суб'єкта – злочин агресії полягає у плануванні, підготовці, ініціюванні або вчиненні особою, яка спроможна фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними, акту агресії, який за своїм характером, тяжкістю та масштабами є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй. Тобто злочин агресії є «материнським злочином (the mother of all crimes)» відносно всіх подальших, адже саме з нього починається збройна агресія і нести відповідальність за нього має військово-політичне керівництво держави, яке такий збройний конфлікт розпочало, маючи для цього засоби і ресурси.

З 2014 року в Україні формувалась судова практика, відповідно до якої злочин агресії вчинявся будь-яким військовослужбовцем, який брав участь у збройному конфлікті на боці Російської Федерації або так званих «народних республік» «ЛНР/ДНР» (якщо вони не є громадянами України). Хоча ця практика і критикувалась фахівцями у сфері міжнародного кримінального права, проте з огляду на складну ситуацію із кваліфікацією збройного конфлікту (АТО, ООС), суди все ж засуджували рядових російських комбатантів за ст. 437 КК України. В окремих дослідженнях нараховувалось 5 різних підходів у вироках вітчизняних судів до кваліфікації дій учасників так званих «ДНР/ЛНР» [42].

Врешті, це питання дійшло до Верховного Суду. Справа, у якій сформована права позиція Великої палати стосувалась подій 2014 року, в яких засуджені особи брали участь у збройній агресії російської федерації проти України у складі не передбаченого законом збройного формування, що безпосередньо керувалося й контролювалося невстановленими службовими особами збройних сил країни-агресора. Засуджені особи обстрілювали позиції, знищували живу силу та бойову техніку Збройних Сил України,

Національної гвардії України, підрозділів територіальної оборони й інших правоохоронних органів України. Окрім цього, засуджені у складі організованої злочинної групи із застосуванням зброї викрали шістьох осіб, незаконно позбавляли їх волі та залучали до робіт воєнного характеру; порушили встановлені міжнародно-правовими нормами закони і звичаї війни; незаконно придбали, зберігали та носили при собі вогнепальну зброю і патрони до неї.

Отже, Верховний Суд *звужив* диспозицію злочину агресії (ст. 437 КК України), вказавши, що він може вчинятися *спеціальним суб'єктом*, а саме особою, яка 1) в силу службових повноважень або фактичного суспільного становища спроможна здійснювати ефективний контроль за політичними чи воєнними діями або керувати ними, та/або 2) істотно впливати на політичні, військові, економічні, фінансові, інформаційні та інші процеси у власній державі чи за її межами, та/або керувати конкретними напрямками політичних або воєнних дій. Іншими словами – військово-політичне керівництво, а не звичайна цивільна особа чи комбатант, як це існувало у попередній судовій практиці.

Судді Верховного Суду не посилались на принцип «дружнього ставлення» / «прихильного тлумачення» до міжнародного права (як це зробили суддів КСУ), тож тут неможливо чітко ідентифікувати ознаки природно-правового чи позитивістського підходу. Проте судді вдалися до звужувального тлумачення норми права, що є доволі рідкісним явищем, і залежно від мети може бути віднесено до різних типів праворозуміння.

Незастосування принципів права. В умовах воєнного стану, впровадженого в Україні у 2022 році у зв'язку з повномасштабною агресією Російської Федерації, наявна проблема непропорційності покарання за крадіжку в умовах воєнного стану – кримінальне правопорушення, яке полягає у таємного викрадені чужого майна (крадіжка) кваліфікується за ч. 4 ст. 185 КК України, що є тяжким злочином і передбачає відповідальність у виді

позбавлення волі на строк понад 5 років. При цьому до 2024 року кримінальна відповідальність наставала за крадіжку на суму понад 302,80 грн, а з серпня 2024 – Законом №3342-IX цей розмір збільшено до 3 028 грн. Чому саме по собі оголошення воєнного стану згідно із законом підвищує суспільну небезпечність цього діяння, перетворюючи його з кримінального проступку на тяжкий злочин – незрозуміло. Очевидно, що таке підвищення було б обґрунтованим, якби йшлося про те, що особа використала умови катастрофи, аварії, стихійного лиха, масових заворушень чи воєнних дій (тобто обставини, для яких є характерним вчинення так званого мародерства – пограбування за вимушеної бездіяльності органів правопорядку, на що вказав законодавець у Пояснювальній записці до проєкту майбутнього Закону №2117-IX [59]).

Тобто у цій справі йшлося про тлумачення виразу «в умовах воєнного стану», який допускає кілька інтерпретацій: вчинення певних дій за обставин, створених воєнним станом, або використання таких обставин для вчинення злочину, або вчинення злочину в період дії режиму воєнного стану. На жаль, Верховний Суд у Постанові від 24.01.2024 р. у справі №346/1286/23 [241] лише підтвердив таке тлумачення законодавства, хоча ототожнення «в умовах воєнного стану» та «з використанням умов воєнного стану», що на наш погляд, є хибним. Суд радше за все спирався на наукову доктрину, поширеною думкою в якій є те, що «диференціація – це сфера компетенції законодавця. Якщо суд почне своїми рішеннями змінювати зміст кримінального закону, щоб той став більш пропорційним, то фактично це призведе до перебирання судом на себе повноважень законодавця. Лише парламентарі повинні або конкретизувати зміст кваліфікуючої ознаки, або скоригувати межі санкції і тим самим забезпечити справедливість між вчиненим діянням та кримінально правовими засобами» [3, С. 14].

Саме в цьому Рішенні у Верховного Суду була можливість звернутись до принципу гуманізму і чітко розмежувати ці поняття, адже за такої умови більшість крадіжок не тягнули б за собою покарання у вигляді позбавлення волі, яке є суттєвим втручанням у реалізації права на свободу. При цьому в чинному Кримінальному кодексі України немає принципів як норм права, тож таке звернення радше за все мало б природно-правовий характер.

Тож принцип гуманізму (гуманізації кримінальної відповідальності) зустрічається лише в науковій теорії, а оскільки його не деталізованого в КК України (як це зроблено, наприклад, у процесуальних кодексах щодо всіх принципів (засад) права), то і застосування його суддями не відбулось. Тож припускаємо, що судді тут не вийшли за межі чинного права, перебуваючи на позиціях юридичного позитивізму. Хоча практиці Верховного Суду відомі випадки звернення до загальних принципів права за відсутності галузевих, наприклад, у Постанові від 27 лютого 2025 року у справі №214/4527/22 [243] Верховний Суд зазначає, що «хоча у КПК не передбачено загального положення про заборону зловживання процесуальними правами, однак заборона зловживання такими є загальноправовим принципом і поширюється на всі галузі права».

Варто зауважити, що в окремій думці [205] до Постанови Об'єднаної Палати Верховного Суду, яка передавала цю справу на Велику Палату, суддя вказує доволі чіткі позиції щодо свого розуміння права. Так, він зазначає, що «Я не можу погодитися з колегами у тому, що тлумачення ознаки «в умовах воєнного стану» в контексті і системному зв'язку з іншими положеннями закону про кримінальну відповідальність, його основоположними засадами, цілями закону та законодавчою історією виходить за межі повноважень Верховного суду. Це становить невід'ємну, – і чи не найбільш важливу, – частину діяльності цього Суду. Суд постійно вдається до тлумачення закону і з'ясування його змісту. У багатьох інших справах Суд не зупинявся перед необхідністю надати тлумачення тим чи

іншим положенням закону і виконував це завдання, спираючись на логіку законодавства в цілому, на місце і роль певного положення в системі цього та інших законів та допоміжні матеріали».

Там же суддя Верховного Суду висловлює нерозуміння, чому Суд не звернувся до телеологічного (цільового) тлумачення норми права: «І я не можу зрозуміти, чому на відміну від багатьох рішень, де цей Суд з'ясовував ціль прийняття певного законодавчого положення, щоб правильно витлумачити цього зміст, Об'єднана палата у цій справі залишила цей важливий фактор зовсім без уваги». Врешті суддя слушно зазначає, що йому важко зрозуміти, на підставі яких даних зроблено висновок, що законодавець врахував суттєво підвищену суспільну небезпеку *будь-якої крадіжки*, вчиненої в період дії режиму воєнного стану (а не крадіжки з використанням обставин, зумовлених воєнним станом). На чому Велика Палата і зупинилась, не звернувшись до телеологічно тлумачення чи принципів права.

Висновки до підрозділу 3.3

1. Порівняно з практикою Конституційного Суду України в рішеннях суддів Верховного Суду (до 2017 року – Верховного Суду України) доволі складно знайти ознаки праворозуміння. Випадків морального оцінювання, зокрема звернення до *моральних* принципів права, вкрай мало, а окремі думки судді висловлюють нечасто.

2. В рішеннях суддів Верховного Суду подекуди зустрічається посилення на положення «природного права», однак роз'яснення змісту цього поняття, як і посилення на конкретну природно-правову концепцію відсутні. В Постанові Верховного Суду від 04.06.2020 р. у справі № 460/354/19 судді прямо звертаються до норм права, які відповідають критеріям природного права, моральності, розумності, справедливості, а також загальноправовим принципам, що встановлені органами правосуддя. Таким чином судді, в

дусі природно-правового типу праворозуміння, пов'язують чинність норм права з відповідністю критеріям природного права.

3. У найбільш відомому прикладі діяльності Верховного Суду *contra legem* (всупереч закону) (Рішення ВСУ від 03.09.2004 про визнання дій Центральної виборчої комісії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України неправомірними) Суд прямо не звертається до принципів права, моралі чи політичної доцільності або інших позанормативних джерел права. Він радше заповнює прогалину у законодавстві, вказуючи на інструмент розв'язання правового спору. Цей механізм можна назвати як природно-правовим (верховенство права), так і позитивістським (заповнення прогалин шляхом інтерпретації закону). При чому другий підхід, на наш погляд, більш переконливий. Виходить, що найвідоміше рішення в історії Верховного Суду за своїм змістом є радше позитивістським, аніж природно-правовим.

ВИСНОВКИ ДО ТРЕТЬОГО РОЗДІЛУ

1. Як судді Конституційного Суду України, так і судді Верховного Суду подекуди звертаються до принципів права або ж прямо до позанормативних джерел права, насамперед моралі. В усіх рішеннях складно знайти *ознаки праворозуміння*. Частіше їх можна знайти в окремих думках (більш поширені в КСУ, менше – Верховному Суді). Водночас прямих посилань на тип праворозуміння у судових рішеннях вкрай мало. А навіть якщо певний тип праворозуміння декларується, це ще не означає, що він застосовується на практиці, адже філософсько-правові погляди суддів (як і правників в цілому) не завжди достатнім чином осмислені, щоб бути практичною навичкою.

2. Прямих посилань на тип праворозуміння у судових рішеннях вкрай мало, а посилання на ідеї англо-американського юридичного позитивізму – відсутні. А навіть якщо певний тип праворозуміння декларується, це ще не

означає, що він застосовується на практиці, адже філософсько-правові погляди суддів (як і правників в цілому) не завжди достатнім чином осмислені, щоб бути практичною навичкою.

3. Конституційний Суд України подекуди ствердно висловлюється на користь природно-правового підходу до розуміння права. При цьому звернення до природно-правових підходів у практиці конституційного правосуддя пояснюється, з одного боку, тим, що саме конституційні суди, зазвичай, частіше й інтенсивніше, ніж інші національні суди, покликані у своїй діяльності адаптувати розуміння Конституції і законів до соціальних змін, оперативно реагувати на ці зміни у своїх рішеннях.

4. Тож окремі приклади з практики КСУ свідчать про можливість звернення до позицій англо-американського юридичного позитивізму. Наприклад, неконституційність Закону України «Про засади державної мовної політики» саме з міркувань недотримання належної правової процедури є ілюстрацією порушеного походження права як соціального факту (*pedigree thesis*).

5. Порівняно з практикою Конституційного Суду України в рішеннях суддів Верховного Суду (до 2017 року – Верховного Суду України) доволі складно знайти ознаки праворозуміння. Випадків морального оцінювання, зокрема звернення до *моральних* принципів права, вкрай мало, а окремі думки судді висловлюють нечасто.

6. У найбільш відомому прикладі діяльності Верховного Суду *contra legem* (всупереч закону) (Рішення ВСУ від 03.09.2004 р.) про визнання дій ЦВК по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України неправомірними) Суд прямо не звертається до принципів права, моралі чи політичної доцільності або інших позанормативних джерел права. Він радше заповнює прогалину у законодавстві, вказуючи на інструмент розв'язання правового спору. Цей механізм можна назвати як природно-правовим (верховенство права), так і позитивістським

(заповнення прогалин шляхом інтерпретації закону). При чому другий підхід, на наш погляд, більш переконливий. Виходить, що найвідоміше рішення в історії Верховного Суду за своїм змістом є радше позитивістським, аніж природно-правовим.

7. Отже, в практиці суддів Верховного Суду доволі складно знайти ознаки (елементи, складові) праворозуміння, адже судді прямо не посилаються на свої погляди при ухваленні рішень. Подекуди можна зустріти природно-правові підходи, зокрема звернення до категорій справедливості чи принципу верховенства права, але найчастіше не вказується з яких міркувань вони застосовуються. Адже ці складові можуть бути віднесені як до юридичного позитивізму, так і природно-правового типу праворозуміння.

ЗАГАЛЬНІ ВИСНОВКИ

1. На даний час юридичний позитивізм є найбільш поширеним (домінуючим) типом праворозуміння у США та Великій Британії. При цьому він пройшов довгий шлях формування, що дозволяє виділити такі основні його засади: 1) право є морально нейтральним інструментом регулювання соціальної поведінки (теза про відокремленість права і моралі); 2) право ґрунтується на соціальному підґрунті у вигляді домовленості про правила членами суспільства (соціальна теза); 3) ключовою підставою для нормативності права є його забезпеченість державним примусом. Водночас спроби окремих сучасних англо-американських юридичних позитивістів обґрунтувати нормативність права через системність права і людську поведінку, що полягає у визнанні ефективності права як найкращого соціального регулятора для досягнення цілей суспільного життя (авторитету права), є слушними щодо окремих членів суспільства, проте не всіх. Адже неправомірна поведінка має місце і є доволі поширеним явищем, не всі члени суспільства згодні з авторитетністю права.

2. Філософською основою англо-американського юридичного позитивізму є ідея Т. Гоббса про суверена (право – це накази суверена, забезпечені санкціями), утилітаризм Дж. Бентама (право регулює суспільну поведінку з метою ефективного досягнення цілей індивідів, безвідносно до морального змісту його норм) і диз'юнкція Д. Г'юма (юридичний позитивізм має справу лише з чинним правом, а не бажаним, тобто яке відсилає до ідеального стану справедливості, миру тощо).

Водночас сучасний період розвитку англо-американського юридичного позитивізму зазнав сильного впливу аналітичної філософії. Тому англо-американський юридичний позитивізм має тісний зв'язок з аналітичною філософією права, яка в свою чергу постала із результату застосування ідей аналітичної філософії до царини права. Цей вплив полягає в інтересі англо-

американських юридичних позитивістів до ролі логіки в праві, дослідженні мовних аспектів права та застосування нових методів, наприклад, мисленнєвих експериментів. Тож подекуди сучасний англо-американський юридичний позитивізм називають «англо-американською аналітичною філософією права», проте таке найменування було більш поширене в часи Г. Гарта і раннього Дж. Раза, а сьогодні використовується вкрай рідко з огляду на згасання інтересу до мовних та когнітивних аспектів аналітичної філософії.

3. Англо-американський юридичний позитивізм можна поділити на чотири періоди: 1) *докласичний* (Т. Гоббс, Дж. Бентам, Ж. Боден, Д. Г'юм) – формування філософських засад англо-американського юридичного позитивізму в період Нового часу, що характеризується раціоналізмом та виникнення позитивізму як загальнофілософської течії; 2) *класичний* (Дж. Остін) – застосування філософських ідей Нового часу до права, що зводиться до класичної формули «Право є наказом суверена, що забезпечене санкцією»; 3) *сучасний* (Г. Гарт, Дж. Раз) – формування тез про відокремленість права і моралі та соціального походження права, що визначають концептуальні підходи до визначення юридичного позитивізму усіх типів, зокрема перегляд ролі примусу в праві та підстав нормативності права); та 4) *надсучасний* (К. Хімма, С. Шапіро) – поглиблення аргументів на користь можливості моральної оцінки чинного права, що розвиває ідеї інклюзивного юридичного позитивізму на протигагу ексклюзивному, зокрема шляхом впровадження нових самостійних концепцій, що менше спираються на класичні праці Г. Гарта та Дж. Раза).

При цьому наявна тенденція до ідейного самозаперечення: якщо класичний юридичний позитивізм наполягав на автономності права як регулятора, відсутності зв'язку з мораллю, наявності державного примусу як підстави нормативності права, то вже сучасні і надсучасні концепції «розмивають» межу між позитивістським і непозитивістськими типами праворозуміння.

Так, намагання інклюзивного юридичного позитивізму, який в певних випадках допускає моральну оцінку чинного права, подолати загрозу сваволі влади, що користуватиметься правом з вкрай несправедливою метою, призводять до втрати чітких методологічних меж юридичного позитивізму. В певних аспектах все далі ця межа слабшатиме, особливо в частині співвідношення права і моралі як окремих соціальних регуляторів (на користь їх неподільності) та послабленні ролі державного примусу як підстави нормативності права в бік заохочувальних, авторитетних та інших концепцій, які уникають визнання примусової природи права.

4. Англо-американський юридичний позитивізм поділяється на інклюзивний (тобто «м'який», котрий допускає моральну оцінку чинного права в окремих випадках) та ексклюзивний (тобто «жорсткий», який виключає мораль зі змісту права). Представники першого напрямку (Г. Гарт, К. Хімма та ін.) допускають, що у випадках крайньої несправедливості (наприклад, загрози життю людини) судді можуть звертатись до позанормативних джерел права, заперечивши чинне законодавство з підстав його несправедливості і свавільності. Інші ж (Дж. Раз, С. Шапіро та ін.) не готові допустити цього в жодному випадку, бо для них нормативність права обумовлена соціальною практикою, зокрема авторитетом права (визнання суспільством ефективності права як соціального регулятора).

5. Підставою нормативності права для Г. Гарта є правило визнання, яке водночас стає підставою дійсності (validity) норми права. Воно ставить перед створюваними нормами вимогу бути узгодженим з правовою свідомістю його адресатів. Завдяки правилу визнання певне правило може «визнаватися» обов'язковим для суспільних груп в межах певної спільноти. Отже, Г. Гарт змінює погляд на підставу визнання права з теоретичного (тобто не відсилає до вищої, засадничої норми, як це робить Г. Кельзен) – на практичний, що полягає в соціальній практиці визнання суб'єктами правозастосування чинної системи законодавства як такої. Тож якщо Г.

Кельзен продовжує звертатись до метафізичних джерел права в обґрунтуванні свого аналітичного (нормативного) правила визнання, то Г. Гарт пропонує значно конкретнішу відповідь на питання про підстави підкорення людьми праву. Причиною цього є те, що соціальна поведінка суб'єкта правозастосування емпірично вимірювана (може спостерігатись в суспільстві), на відміну від факту підкорення людьми засадничій нормі, виражену у конституційних актах (писаних чи неписаних).

6. Дж. Раз визначає право як «систему керівних норм і рішень, яка претендує на вищу [юридичну] силу у певному суспільстві, а оскільки вона є ефективною, то й користується [в суспільстві] такою ж ефективною владою». Система керівних норм походить від законодавця (теза про соціальні джерела права), а дотримання суспільством норм права забезпечується їх ефективністю, а не відповідністю критеріям моралі (теза про відокремленість). Таким чином Дж. Раз формує теорію ексклюзивного юридичного позитивізму, в якій підставою нормативності права є не моральна оцінка чи навіть соціальна практика, а ефективність права як соціального регулятора, що має наслідком наявність у права авторитету. З цим пов'язана допоміжна роль державного примусу, який для Дж. Раза не виступає основною характеристикою права. Водночас залишається відкритим питання про те, яким чином тоді відмежувати право від інших соціальних регуляторів, які теж можуть бути ефективними, але не примусовими. К. Хімма пізніше критично оспарював думку про те, що державний примус не є визначальною ознакою права, з позиції інклюзивного юридичного позитивізму.

7. Критика англо-американського ексклюзивного юридичного позитивізму лунає насамперед зсередини цієї наукової традиції. Інклюзивний юридичний позитивізм все більше намагається відмежуватись від ексклюзивного, тож можна стверджувати про конвергенцію інклюзивного юридичного позитивізму та непозитивістських теорій права. Водночас

сильною стороною ексклюзивного юридичного позитивізму залишається опора на право як соціальний факт, що не потребує звернення до моралі для його обґрунтування. В певних випадках це прискорює розвиток права, особливо у випадках, де в суспільстві відсутній консенсус стосовно моральних питань. Наприклад, у питаннях розвитку інформаційних технологій, репродуктивної медицини, прав меншин та інших складних соціальних явищ, що отримують полярні оцінки, наприклад, з релігійних міркувань. Ексклюзивний юридичний позитивізм уможливорює спертя на соціальний факт, що враховує досягнення науки чи впроваджує компромісне рішення для розв'язання питань, що збурюють суспільство з моральних міркувань. Таким чином дистанція між розвитком технологій та практик соціального життя та їх правового регулювання суттєво зменшується, адже право встигає за розвитком суспільства, залишаючи менше невизначених та не врегульованих питань.

8. Англо-американський юридичний позитивізм піддається критиці за моральну нейтральність, яка дозволяє легітимізувати диктаторські та тоталітарні державні режими (на кшталт «нацистського права» у XX ст.), ігноруючи зв'язок права з етичними принципами та справедливістю. Основними критиками стали прихильники природно-правового типу праворозуміння: Г. Радбрух, Л. Фуллер, Дж. Фінніс та Р. Дворкін. Похідною від критики юридичного позитивізму за етатизм та ризик легітимації диктаторських режимів є необхідність моральної обґрунтованості для легітимності державного примусу в праві. Тож англо-американський юридичний позитивізм критикується за моральну нейтральність, яка позбавляє підстав для державного примусу. Бо для прихильників неопозитивістських теорій права державний примус легітимний лише за умови моральної виправданості норм права. Як наслідок критики відмовляють несправедливим законам в онтологічному статусі права, особливо в крайніх, кричущих (extreme) випадках несправедливості

(загроза життю та здоров'ю), де вони суперечать природному праву. Зумовлена така позиція «вкрай несправедливий закон не є правом» необхідністю морального підґрунтя для чинності будь-яких норм, які претендують називатися правовими (незмінний аргумент від Т. Аквінського до Дж. Фінніса та Р. Алексі).

9. Юридичний позитивізм англо-американської традиції критикується за ігнорування принципів права, які, на відміну від норм-правил, включають моральні аспекти справедливості та добросовісності, і є необхідними для вирішення складних справ (*hard cases*), де судді здійснюють правосуддя шляхом тлумачення принципів, засад, цілей права. Принципи права походять не з формальних джерел, а з суспільного почуття доцільності. Вони конкретизуються суддями в момент їх застосування, що робить право морально узгодженою системою, на противагу механічній юриспруденції класичного юридичного позитивізму. Принципи права мають моральний характер, а не юридичний, інакше вони нічим не відрізняються від норм-правил, що не розв'язують складні ситуації суспільного життя. Адже тоді відхід від старого регулювання до нового майже неможливий без зміни чинного закону (Р. Дворкін). Сучасний інклюзивний позитивізм здебільшого адаптувався до наведеної вище критики з боку прихильників англо-американського природно-правового праворозуміння, на відміну від ексклюзивного юридичного позитивізму.

10. Щодо української юридичної практики можна зробити висновок, що як судді Конституційного Суду України, так і судді Верховного Суду подекуди звертаються до принципів права або ж прямо до позанормативних джерел права, насамперед моралі. У тексті більшості рішень цих судів складно знайти прямі ознаки застосування певного типу праворозуміння. Водночас безпосередніх відсилок на використаний тип праворозуміння у мотивувальних частинах судових рішеннях – вкрай мало. А навіть якщо застосування ідей певного типу праворозуміння в судовому рішенні

декларується, це ще не означає, що він був реально застосований при формуванні правової позиції. При цьому судді за замовчуванням мають справу з чинним законодавством, – і якщо вони згодні з його змістом (не оцінюють його з позиції моралі або інших критеріїв), то за замовчуванням можна вважати мотивувальні частини їх рішень побудованими на ідеях юридичного позитивізму. Частіше посилання на ознаки, елементи, складові праворозуміння можна знайти в окремих думках, які частіше практикуються в КСУ, рідше – Верховному Суді. Водночас посилання на ідеї або концепції англо-американського юридичного позитивізму – взагалі відсутні.

11. Конституційний Суд України подекуди чітко вказує на використання ідей природно-правового підходу до розуміння права у мотивувальних частинах своїх рішень. При цьому звернення до природно-правових засад у практиці конституційного правосуддя пояснюється, тим, що саме конституційні суди, зазвичай, частіше й інтенсивніше, ніж інші національні суди, своїй діяльності адаптують загальні принципи і положення Конституції України і системоутворюючих законів до соціальних реалій. Водночас у практиці Верховного Суду лише іноді можна зустріти природно-правові підходи, зокрема при зверненні до категорій справедливості чи елементів принципу верховенства права. Але варто мати на увазі, що як справедливість, так і верховенство права, можуть мати власну інтерпретацію щодо обставин справи. І тому базуватися не лише на юснатуралізмі, а й на юридичному позитивізмі.

12. Вищі суди в системі судоустрою України, рішення яких мають квазіпрецедентний характер (Конституційний Суд України та Верховний Суд) могли б застосувати підходи та ідеї англо-американських юридичних позитивістів, що знизило б напругу між прихильниками юридичного позитивізму та природно-правового типу праворозуміння, яке вкрай поляризоване в українській юридичній науці та судовій практиці. Зокрема

ідеї інклюзивного юридичного позитивізму уможливили б більш гнучкий підхід до застосування принципів права, зокрема у випадках регулювання питань життя і здоров'я людини, можливість звернення до позанормативних джерел права. Така стратегія тлумачення права уможливила б звуження або розширення змісту норми права, залишаючись в межах юридичного позитивізму.

13. Юридичний позитивізм як тип праворозуміння схвально сприймається в англо-американському світі, натомість в Україні є традиція ставитися до нього дещо негативно. Це як правило, пояснюється тим, що юридичний позитивізм ототожнюється з негативним спадком радянського права. Якщо в англо-американській правовій сім'ї юридичний позитивізм розглядається крізь призму сучасного інклюзивного варіанту (який включає і принципи права, і можливість моральної оцінки чинного закону у випадках вкрай несправедливого права), то для української юридичної науки позитивізм пов'язується із вимогою формалістичного текстуального розуміння норм, що призводить до нездатності запобігати негативним наслідкам несправедливого закону. Отже, українська юридична наука під юридичним позитивізмом найчастіше має на увазі розуміє ексклюзивний юридичний позитивізм. Своєю чергою в англо-американській правовій сім'ї таке розуміння юридичного позитивізму стало неактуальним вже у середині XX століття, а ближче до його кінця воно було повністю замінене інклюзивним варіантом англо-американського юридичного позитивізму. Водночас вивчення вітчизняними вченими різних течій інклюзивного юридичного позитивізму ускладнюється тим, що вони недостатньо чітко відмежовують розуміння права від непозитивістських напрямів праворозуміння.

ДОДАТОК №1: ОСОБЛИВОСТІ ПЕРЕКЛАДУ ТЕРМІНОЛОГІЇ

Нижче наведений авторський переклад ключових термінів англо-американського юридичного позитивізму:

Authority of Law – Авторитет права (концепція Дж. Раза)

Claim to correctness – Претензія (вимога) на правильність (концепція Р. Алексі та ін.)

Coercion – державний примус в праві

Command theory [of Law] – Наказова теорія, теорія команд (концепція Дж. Остіна)

Dual Nature of Law – Подвійна (дуальна) природа права (концепція Р. Алексі)

Duty-imposing rules – Прескриптивні норми права, норми зобов'язального характеру

Exclusive (Hard, Excorporative) Legal Positivism – Ексклюзивний (жорсткий, виключний) англо-американський юридичний позитивізм

Grundnorm (нім.), Basic norm (англ.) – Засаднича норма

Inclusive (Soft, Incorporative) Legal Positivism – Інклюзивний (м'який, включний) англо-американський юридичний позитивізм

Internal/external point of view – внутрішній/зовнішній погляд на право (з позиції суб'єкта правозастосування/спостерігача)

Law as it is/law as it ought to be – Право як воно є/як воно має бути (Г'юмівська диз'юнкція)

Legality – Правність (законність) (в контексті назви ключової праці С. Шапіро)

Minimum content of natural law – Мінімум права природного у праві позитивному (концепція Г. Гарта)

Non-positivism – Непозитивізм (або теорія Р. Алексі або непозитивістські типи праворозуміння загалом)

Open texture of law – Відкрита текстура права (концепція Г. Гарта)

Pedigree thesis – Теза про походження

Penumbral cases, Hard cases – Складні справи (в яких наявна складна правова проблема)

Power-conferring rules – Правовстановлювальні норми, норми уповноважувального характеру

Primary/Secondary Rules – Норми права першого і другого порядку (норми-правила і норми-процедури) (концепція Г. Гарта)

Rule of Recognition (ROR) – Правило визнання (концепція Г. Гарта та ін.)

Rules of adjudication – Правила правосуддя (вирішення юридичний спорів)

Rules of change – Правила змін

Seamless web – [Суцільне] мереживо без швів (концепція Р. Дворкіна)

Separability thesis – Теза про відокремлюваність [права і моралі]

Separation thesis – Теза про відокремлення [права і моралі]

Separation/-bility thesis – Теза про розмежування (узагальнюючий термін для тез про відокремлюваність (інклюзивний позитивізм) та відокремлення (ексклюзивний позитивізм)

Social fact thesis / social thesis – Теза про соціальні джерела права, соціальний теза

Social Fact thesis – Теза про [право як] соціальний факт

Social sources thesis – Теза про соціальні джерела [права]

Sovereign – Зверхник, суверен (концепція Т. Гоббса та ін.)

Thesis (social thesis, separation thesis) – Теза (соціальна теза, теза про відокремлення)

Validity – [Онтологічна] дійсність, дієвість права, валідність (без чіткого термінологічного розрізнення, як це робить скандинавський юридичний реаліст А. Рос)

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

Джерела українською мовою

1. Алаїс С.Ф. Проблема праворозуміння в основних школах права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2003. 203 с.
2. Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / Пер з англ. Р. Семківа. Київ : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2008. 385 с.
3. Антонюк Н.О. Диференціація кримінальної відповідальності через призму принципу справедливості. *Правосуддя в Україні під час війни: проблеми розгляду корупційних та воєнних злочинів : матеріали VI Київського полілогу (м. Київ, 1 груд. 2023 р.)* / упоряд. З.А. Загинеї-Заболотенко. Київ : ВАІТЕ, 2024. С. 12-15.
4. Баран А.В. Межі буття і дії позитивного права: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2018. 202 с.
5. Бесага І. Методологічне значення категорії «правомірного очікування» Вернера Майхофера для судової практики Верховного Суду. *Філософія права і загальна теорія права*. 2022. №1. С. 67-79.
6. Бзова Л. Принцип обґрунтованості рішень Конституційного Суду України : дис. ... доктора філософії. Чернівці, 2021. 186 с.
7. Бігун В.С. Життя Г. Л. А. Харта. Кошмар і благородна мрія. Проблеми філософії права. 2005. Т. III. С. 403-405.
8. Бобровник С.В. Компроміс і конфлікт у праві: теоретико-методологічне дослідження : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2013. 431 с.
9. Вдовина Г.А. Розвиток філософії права в ХХ ст. (англо-саксонська традиція) : дис... канд. юрид. наук : 12.00.12. Київ, 2002. 189 с.

- 10.Воронов Д. Щодо сутності рішення Конституційного Суду України. Юридичний науковий електронний журнал. Запоріжжя, 2021. №12. С. 62-65.
- 11.Гацелюк В.О. Нормативність принципів кримінального права: до постановки питання. Visegrad Journal of Human Rights. 2018. V. 1. – С. 40-45.
- 12.Головатий С. Щодо мови правничої. Студії. Зібране. Словники. Документи. Київ : Наш Формат, 2024. 1016 с.
- 13.Горобець К. (Пере)винаходячи юриспруденцію: анти-позитивізм Ю.М. Оборотова. *Юриспруденція сьогодні: між апологією і креативністю. Пам'яті проф. Ю.М. Оборотова : (до 75-річчя від дня народження д.ю.н. проф. Ю.М. Оборотова) : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 верес. 2021 р. / Нац. ун-т «Одеська юрид. академія». за заг. ред. А.Ф. Крижановського. Одеса : Фенікс, 2021. – С. 9-15.*
- 14.Горобець К.В. Аксіосфера права та її компоненти: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Одеса, 2012. 206 с.
- 15.Гравер Г.П. Герої в суддівській мантиї: добросовісне (чесне) суддівство в умовах аморальних законів / пер. з норв. М. Фетісова, пер. з англ. І. Черненко. Київ : Вид-во ТОВ «Компанія ВАІТЕ», 2022. 326 с.
- 16.Гримайло О.С. Сутність політичної свободи за Джозефом Разом. XLV Науково-технічна конференція гуманітарних підрозділів. 2016. URL: <http://conferences.vntu.edu.ua/index.php/all-hum/all-hum-2016/paper/view/813> (дата звернення: 15.11.2025).
- 17.Данієлян С.А. До питання змістовного наповнення поняття «принципи права». Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція, 2021. № 51. С. 180-184.

18. Демчук П.В. Законність як елемент принципу верховенства права у кримінальному праві : Монографія. Київ : Ваіте, 2025. 212 с.
19. Дідич Т.О. Теоретико-методологічні засади правоутворення : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2018. 588 с.
20. Дубов Г.О. Становлення методології юридичних досліджень: особливості радянського та сучасного етапів : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2013. 144 с.
21. Дубов Г.О. Право та неправу в контексті нерівноважності правової реальності. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 4(123)/2022. С. 97-100.
22. Дубов Г.О. До питання визначення об'єкта і предмета в наукових юридичних дослідженнях. Альманах права. Вип. 15. 2022. С. 238-244.
23. Дубов Г.О. Методологічна вразливість механістичного підходу у процесі нормопроєктування. Європейські перспективи №3, 2025. С. 270-274.
24. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів вищих навчальних закладів / М.В. Цвік та ін. ; за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришин. Харків : Право, 2011. 584 с.
25. Загальна теорія права: підручник / заг. ред. М.І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2016. 392 с.
26. Загальна теорія права. Нормативний курс : підруч. для студ.-юристів / кол. авт. ; за заг. ред. С.В. Бобровник. 2-ге вид., стереотип. Київ : Юрінком Інтер, 2023. 596 с.
27. Зозуля Н.Т. Людська гідність і конституційне врядування в умовах воєнного стану: національні та глобальні виклики. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. Київ, 2025. № 15. С. 68–77.
28. Кельзен Г. Чисте Правознавство : 3 дод.: Пробл. справедливості / Пер. з нім. О. Мокровольського. Київ : Юніверс, 2004. 496 с.

- 29.Ковальчук Н.С. Онтологія законності у структурі верховенства права. Актуальні проблеми філософії та соціології. 2025. С. 95–100.
- 30.Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи. Право України. 2010. №3. С. 6-18.
- 31.Козюбра М. Доктрина природного права: через історичні злети й падіння до визнання основою найважливіших досягнень сучасної правової теорії та практики. Право України. 2021. №1. С. 12-42.
- 32.Козюбра М. Доповідь на міжнародному семінарі «Юридична методологія – основа гармонізації законодавства України до законодавства ЄС». Український правовий часопис. 2004. № 6 (11). С. 22-24.
- 33.Козюбра М.І. Практична філософія права: Монографія. Київ : Дух і Літера, 2024. 496 с.
- 34.Конституція України в практиці Конституційного Суду: офіційне тлумачення та юридичні позиції. 1997–2023 / В.М. Бесчастний та ін. : упоряд.: С. П. Головатий. Київ : ВАІТЕ, 2024. 450 с.
- 35.Крапівін Є.О. Відмінність «інклюзивного» та «ексклюзивного» юридичного позитивізму в сучасній англо-американській юридичній науці. Юридичний науковий електронний журнал. 2024. №4. С. 42-46.
- 36.Крапівін Є.О. Основні ідеї праворозуміння Дж. Раза. Юридичний науковий електронний журнал. №8. 2023. С. 16-20.
- 37.Крапівін Є.О., Малишев Б.В. Роль «правила визнання» Г. Гарта у сучасному англо-американському юридичному позитивізмі. Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія ПРАВО. Випуск 84: частина 1. 2024. С. 78-82.
- 38.Крапівін Є.О., Малишев Б.В. Роль примусу в праві (аналіз ідей Кеннета Хімми). Юридичний науковий електронний журнал. 2024. №12. С. 42-45.

39. Кузнєцов В.І. Філософія права. Історія та сучасність : Навчальний посібник. Київ : ПЦ «Фоліант», 2003. 382 с.
40. Луцький Р.П. Теоретико-правові засади формування та розвитку сучасного позитивного права : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2017. 490 с.
41. Луцький Р.П., Гаврилишин П.М. Позитивне право як вияв раціонального співвідношення волі держави та її громадян: політико-правовий аспект. Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького: Журнал. Серія Право. №14(26), 2022. С. 39-45.
42. Мазур М. В. Акти органів судової влади як джерело конституційного права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2009. 20 с.
43. Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибр. праці: статті, аналіт. огляди, переклади (2003-2010). Харків : Право, 2010. 336 с.
44. Максимов С. Класична і некласична моделі осмислення правової реальності. Право України. 2014. №1. С. 61-68.
45. Малишев Б.В. Загальна Декларація прав людини 1948 року та сучасне праворозуміння. «Вісник Вищої ради юстиції». 2012. №3(11). С. 147-160.
46. Малишев Б.В. Правова система (телеологічний вимір): Монографія. Київ : ВД Дакор, 2012. 364 с.
47. Малишев Б.В. Принцип панування права (the rule of law) у праці Альберта Дайсі «Вступ до вивчення конституційного права». Проблеми філософії права. – 2008-2009. Том VI-VII. С. 118-123.
48. Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2002. 13 с.

- 49.Маляр Г. Аналіз вітчизняного законодавства та судової практики щодо притягнення до кримінальної відповідальності за підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни // Центр громадянських свобод, 2016. URL: <https://ccl.org.ua/news/analiz-vitchyznianoho-zakonodavstva-ta-sudovoi-praktyky-shchodo-prytiahnennia-do-kryminalnoi-vidpovidal-nosti-za-pidhotovku-rozv-iazuvannia-ta-vedennia-ahresyvnoi-viyny/> (дата звернення 01.10.2025).
- 50.Орловська Н.А. Джерела кримінального права України: актуальні питання сучасного контексту. Науковий вісник Херсонського державного університету. Юридичні науки. 2014. № 2. С. 39-45.
- 51.Матвеева Ю.І. Подвійна природа права, юридична визначеність і коректність (справедливість) права. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2021. Том 8. С. 34-41.
- 52.Пархоменко Н.М., Тарахонич Т.І. Концептуальні витоки сучасної вітчизняної доктрини праворозуміння: Scientific monograph. Riga, Latvia : “Baltija Publishing”. Право в епоху постмодерну: загальна характеристика та особливості прояву в окремих галузях права : Наукова монографія. Рига, Латвія : “Baltija Publishing”, 2023. 776 р. С. 432-449.
- 53.Пархоменко Н.М. Переконливий прецедент як результат нормотворчості суду (сутнісні та змістовні аспекти). Правова держава. Щорічник наук. праць Ін-ту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2022. Вип. 33. С. 131-141.
- 54.Погребняк С.П. Роль основоположних принципів у застосуванні права. Проблеми філософії права. 2008-2009. Т. VI-VII. С. 124-134.
- 55.Погребняк С.П. Справедливість як принцип права: основні аспекти. Філософія права і загальна теорія права. 2015. №1-2. С. 257-268.

- 56.Подковенко Т., Романів А. Юридичний позитивізм як гарантія забезпечення прав людини: філософсько-правовий та історико-політичний виміри. Актуальні проблеми правознавства. 2023. №2 (34). С. 21-26.
- 57.Пономаренко Ю.А., Тютюгін В.І., Євдокімова О.В. «Право на надію» осіб, засуджених до довічного позбавлення волі в Україні: чи досягнуто конституційності? Вісник Асоціації кримінального права України, 2024, № 2(22). С. 189-210.
- 58.Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / А.М. Бернюков та ін. : відп. ред. В.С. Бігун. Київ : Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права», 2009. 316 с.
- 59.Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство : Закон України №2117-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2117-20#n6> (дата звернення: 01.10.2025)
- 60.Про всеукраїнський референдум : Закон України №5475-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5475-17#Text> (дата звернення: 01.10.2025)
- 61.Про засади державної мовної політики : Закон України №5029-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5029-17#Text> (дата звернення: 01.10.2025)
- 62.Рабінович П.М. Страсбурзьке правосуддя: філософсько-антропологічні та гносеологічні засади. Проблеми філософії права. 2008-2009. Т. VI-VII. С. 94-101.
- 63.Рабінович П.М. Основи теорії та філософії права: навч. посіб. Львів : Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2021. 256 с.

- 64.Рабінович С.П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. 510 с.
- 65.Радбрух Г. Законне неправо та надзаконне право: Пер. з нім. Проблеми філософії права. 2004. Том II. С. 83-94.
- 66.Раз Дж. Моральні засади свободи. Пер. з англ. В. Василюка та О. Тереха. Київ : Веселка, 2001. 431с.
- 67.Речицький В.В. Конституційне А Б В. Харків : ТОВ «Видавництво «Права людини», 2016. 408 с.
- 68.Резнік Ю.С. Принцип гуманізму та його реалізація у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2016. 203 с.
- 69.Римське право крізь призму традиції і судової практики : монографія / за ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2022. 512 с.
- 70.Савчин М.В. Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму: монографія. Ужгород : РІК-У, 2018. 440 с.
- 71.Семеніхін І.В. Юридична наука (доктрина) як джерело англо-американського права. Юрист України. 2015. № 1-2. С. 5-15.
- 72.Середюк В., Богдан О. Нормативність права в юридичному позитивізмі. Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія ПРАВО. Випуск 90: частина 5. 2025. С. 333-340.
- 73.Середюк В., Богдан О. Неокантіанське гносеологічне підґрунтя чистої теорії права Ганса Кельзена. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. Випуск 88: частина 4. 2025. С. 177-184.
- 74.Середюк В., Богдан О. Нормативність права в сучасній українській теорії та філософії права. Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія: «Юридичні науки», 2023. – № 7. С. 1-17.

- 75.Севрюков Д.Г. Еволюція соціальної держави у Західній Європі: історико-теоретичні аспекти : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2014. 323 с.
- 76.Синиця А.С. Сучасна аналітична філософія: від прагматики мови до концептуалізації свідомості : монографія. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2017. 448 с.
- 77.Синицин П.М. «Дружнє ставлення до міжнародного права» як принцип застосування рішень ЄСПЛ у інтерпретаційній діяльності КСУ. *Правове життя сучасної України : у 3 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.)* / відп. ред. М. Р. Аракелян. Одеса : Гельветика, 2020. Т. 1. С. 344-347.
- 78.Тарнавська М.І. Моральні оцінки у правозастосовній діяльності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2013. 229 с.
- 79.Теорія держави і права : навчальний посібник / Тополевський Р.Б., Федіна Н.В. Львів : ЛьвДУВС, 2020. 268 с.
- 80.Теорія держави і права : підручник / Головка О.М. та ін. ; за заг. ред. О.М. Бандурки. Харків : Харків. нац. ун-т внутр. справ., 2018. 416 с.
- 81.Теорія держави і права : підручник / Сердюк І.А. та ін. ; кер. авт. кол. Ю.А. Ведерніков. 3-є вид. перероб. і доп. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, Ліра ЛТД, 2016. 480 с.
- 82.Теорія держави та права : навч. посіб. / Є. В. Білозьоров та ін. ; за заг. ред. С. Д. Гусарєва, О. Д. Тихомирова. Київ : НАВС, Освіта України, 2017. 320 с.
- 83.Фуллер Л.Л. Мораль права. Київ : Сфера, 1999. 232 с.
- 84.Харт Х.Л.А. Концепція права. Київ : Сфера, 1998. 236 с.
- 85.Цуркан-Сайфуліна Ю.В. Владні засади права: філософсько-правове дослідження: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.12. Одеса, 2017. 377 с.

- 86.Цуркан-Сайфуліна Ю.В. Зв'язок влади і права у концепціях юридичного позитивізму. Актуальні проблеми політики. 2019. Вип. 64. С. 21–47.
- 87.Шевченко С.В. Принцип пропорційності у криміналізації діянь : монографія. Київ : ВД «Дакор», 2024. – 320 с.
- 88.Шевчук С. Узгодженість практики ЄСПЛ та Конституційного Суду України. Вісник Конституційного Суду України. 2011. № 4-5. С. 122-130.
- 89.Шумило М. Правові висновки касаційного суду: *inter praeterium et futurum*. Підприємництво, господарство і право. 2020. №12. – С. 47-53.

Джерела іноземними мовами

- 90.Alexy R. A Defence of Radbruch's Formula. *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* : ed. Dyzenhaus D. Oxford-Portland Oregon : Hart Publishing, 1999. 380 p.
- 91.Alexy R. Agreements and Disagreements. Some Introductory Remarks. *Law and Justice in a Global Society. Plenary Sessions. Lectures. IVR 2005*. Granada : Universidad de Granada, 2005. P. 699-704.
- 92.Alexy R. The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism. Oxford : Oxford University Press, 2002. 142 p.
- 93.Alexy R. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 23 (2). 2010. P. 167-172.
- 94.Alexy R. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, vol. 21, № 3. 2008. P. 281-299.
- 95.Alexy R. The Special Case Thesis and the Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 31(3). 2018. P. 254–259.

96. Alexy R. Die Natur der Rechtsphilosophie. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* : Hg. Brugger W., Neumann U., Kirste, S. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 2008. 480 s.
97. Alexy R. The Nature of the Arguments about the Nature of Law. *Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz* : Meyer L. et al. Cambridge : Oxford University Press, 2003. 282 p.
98. Alexy R. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris* 21. 2008. P. 281–299.
99. Alexy R. Scott J. Shapiro between Positivism and Non-Positivism. *Jurisprudence*, 2016. Vol. 7, No. 2. P. 299-306.
100. Aquinas T. Summa Theologiae. 947 (I–II, qu 92 art 1, 4). URL: <https://aquinas.cc/la/en/~Polit.Bk4.L2> (дата звернення: 01.10.2025)
101. Austin J. Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law. London : J. Murray, 1885. 507 p.
102. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge : Cambridge University Press, 1995. 343 p.
103. Austin J. L. How to Do Things with Words. Oxford : Clarendon Press, 1962. 166 p.
104. Barris J. Philosophy versus the continental/analytic distinction. *Geltung. Revista de Estudos das Origens da Filosofia Contemporânea*. Vol. 2. №. 2. 2022. P. 1-19.
105. Béal C. Lex iniusta non est lex: The implications of a misunderstanding. *Revue de métaphysique et de morale*. No 112(4). 2021. P. 471-485.
106. Bentham J. A Fragment of Government: The New Authoritative Edition. Cambridge : Cambridge University Press, 1988. 128 p.

107. Bentham J. Constitutional Code / eds. Rosen F., Burns J. Oxford : Oxford University Press, 1983. 612 p.
108. Bingham T. The Rule of Law. London : Penguin UK, 2011. 224 p.
109. Bix B. A Critique of Alexy's Claim to Correctness. Ratio Juris 33 (2). 2020. P. 124-133.
110. Bix B. On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy. Legal Studies Research Paper. Research Paper. 2008. №. 05. P. 1-6.
111. Blackstone W. The Commentaries on the Laws of England: in 5 vols. Oxford : Clarendon Press. P. 1765-1770.
112. Brandom R.B. Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment. Cambridge, MA : Harvard University Press. 1994. – 741 p.
113. Bratman M. Intention, Plans, and Practical Reason. Cambridge University Press. 1999. 200 p.
114. Bulygin E., Gardies J.L., Niiniluoto I. Man, Law, and Modern Forms of Life. Dordrecht, Boston, Lancaster : D. Reidel Publishing Company. 1985. 321 p.
115. Carpentier M. Legal Constitutionalism and the Ius/Lex Distinction. Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law. 2023. URL: <https://journals.openedition.org/revus/10130> (дата звернення: 01.10.2025).
116. Coleman J. A History of Political Thought: From the Middle Ages to the Renaissance. Oxford : Blackwell Publishers, 2000. 302 p.
117. Cover R. Violence and the Word. The Yale Law Journal. Vol. 95, No. 8. 1986. P. 1601-1629.
118. Dewlin L. The Enforcement of Morals. Proceedings of the British Academy. 1959. Vol. 45. P. 174-198.

119. Dias E., Lerer L. *The Fall of Roe. The Rise of a New America*. New York : Flatiron Books. 2024. 433 p.
120. Dicey A. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London : Macmillan and Co. 1915. 577 p.
121. Donato J. Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation. *Stanford Law Review*. Vol. 40. No. 6. 1988 P. 1517-1541.
122. Duxbury N. English Jurisprudence between Austin and Hart. *Virginia Law Review*. Vol. 91. Issue 1. 2005. P. 1-91.
123. Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 1986. 470 p.
124. Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 1977. 371 p.
125. Dyzenhaus D. Dworkin and Unjust Law. *The Legacy of Ronald Dworkin* : eds. Waluchow W., Sciaraffa S. New York : Oxford University Press, 2016. P. 131–164.
126. Finnis J. Joseph Raz. 1939–2022. *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*. №22. P. 307–341.
127. Finnis J. *Positivism and Authority. Philosophy of Law. Collected Essays*. Vol. IV. Oxford : Oxford University Press, 2011. 528 p.
128. Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2011. 512 p.
129. Fisher L. The Unitary Executive and Inherent Executive Power. *Journal of Constitutional Law*. Vol. 12:2. 2010. P. 569-591.
130. Fuller L. The Place and Uses of Jurisprudence in the Law School Curriculum. *Journal of Legal Education*. №1. 1949. P. 495–507.
131. Fuller L. Reason and Fiat in Case Law. *Harvard Law Review*. Vol. 59. №3. 1946. P. 376-395.
132. Fuller L. Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*. Vol. 71. №4. 1958. P. 630-672.

133. Fuller L. The Morality of Law. New Haven : Yale University Press, 1969. 202 p.
134. Gaido P. The Place for Morality in Law. An Exchange between Robert Alexy and Joseph Raz. *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexy's System* : Borowski M. et al. Tübingen : Mohr Siebeck, 2017. P. 133-144.
135. Gardner J. How Law Claims, What Law Claims. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* : ed. Klatt M. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 29-44.
136. Gorobets K. The International Rule of Law and the Idea of Normative Authority. *Hague Journal of the Rule of Law*. №12(2). 2020. P. 227-249.
137. Hamilton A., Jay J., Madison J. The Federalist. The Gideon Edition. Indianapolis : Liberty Fund. 2001. 565 p.
138. Hart H.L.A. Demystification of the Law. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford : Clarendon Press, 1982. – P. 21-39.
139. Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford : Clarendon Press, 1983. 396 p.
140. Hart H. L. A. The Concept of Law. 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1994. 315 p.
141. Hart H.L.A. The Concept of Law. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2012. 333 p.
142. Herzhovitz S. The Authority of Law. *The Routledge Companion to Philosophy of Law* : ed. Marmor A. New York, London : Taylor&Francis Group, 2012. P. 65–75.

143. Himma K. The Nature of Authority (Elements in Philosophy of Law). Cambridge : Cambridge University Press, 2025. 76 p.
144. Himma K. Coercion and the Nature of Law. Oxford : Oxford University Press, 2020. 288 p.
145. Himma K. Morality and the Nature of Law. Oxford : Oxford University Press, 2019. 238 p.
146. Himma K. The Conceptual Function of Law: Law, Coercion, and Keeping the Peace. *Law as an Artifact* : eds. Burazin L., Himma K., Roversi C. Oxford : Oxford University Press, 2018. P. 136-159.
147. Hobbes T. Leviathan with selected variants from the Latin edition of 1668. Ed. by Edwin Curley. Indianapolis, Cambridge : Hackett Publishing Company, 1994. 584 p.
148. Hoeflich M.H. John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives of the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer. The American Journal of Legal History. Vol. 29. №. 1. 1985. P. 36-77.
149. Horwitz M. Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical?. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 17. 1997. P. 551-586.
150. Hume D. A Treatise of Human Nature (2nd ed., with text revised and notes by P.H. Nidditch). Oxford : Clarendon Press, Oxford, 1978. 766 p.
151. Himma K. The Nature of Authority (Elements in Philosophy of Law). Cambridge : Cambridge University Press. 76 p.
152. Lightwood J. The Nature of Positive Law. London : Macmillan and Co., 1883. 419 p.
153. Kant I. The Critique of Practical Reason. Hackett Publishing Company Inc., 2002. 284 p.
154. Kant I. Metaphysics of Moral. Indianapolis : Hackett, 1999. 255 p.

155. Kelsen H. Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics. American Political Science Review. Vol. 5. Issue 5. 1948. P. 906-914.
156. Himma K. The Logic of Showing Possibility Claims. Revus. №23. 2014. URL: <http://journals.openedition.org/revus/2956> (дата звернення: 01.10.2025).
157. Kramer M. H.L.A. Hart. The Nature of Law. Medford, MA : Polity, 2018. 238 p.
158. Kramer M. In Defence of Legal Positivism: Law without Trimmings. 1999. 324 p.
159. Lacey N. A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream. Oxford : Oxford University Press, 2004. 422 p.
160. Legal Positivism. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* : Kammerhofer J. Vol. VI. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 785-97.
161. Leiter B. Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. 287 p.
162. MacCormick N. H.L.A. Hart. Stanford : Stanford University Press, 2008. 242 p.
163. MacCormick N. Why Law Makes No Claims. *Laws, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* : ed. Pavlakos G. Oxford : Hart Publishing, 2007. P. 59-67.
164. Maihofer W. Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1954. 125 s.
165. Makowski P. Intention inertia and the plasticity of planning. Philosophical Psychology. №29(7). 2016. P. 1045-1056.
166. Mellin R. The unplanned nature of law: a critical approach to Shapiro's legal theory. PhD thesis. University of Glasgow, 2023. 162 p.

167. Nava-Tovar A. The Claim to Correctness and Moral Constraints on Law: a Critic to the Separability Thesis. *Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo*. Vol. 15. №. 3. 2019. P. 5-22.
168. Onwudinjo A. Hart minimal content of morality: an expository analysis. *Journal of Applied Philosophy*. Vol. 22. №. 2. 2024. P. 1-9.
169. Pound R. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*. Vol. 8, No. 8, 1908. P. 605–623.
170. Pech L. The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law. *Hague Journal on the Rule of Law*. №14(2-3). 2022. P. 107-138.
171. Posner R. Blackstone and Bentham. *The Journal of Law & Economics*. Vol. 19. №. 3. 1976. P. 569-606.
172. Postema G. Bentham and the Common Law Tradition. Oxford : Oxford University Press, 1986. 490 p.
173. Putnam H. Convention: A Theme in Philosophy. *New Literary History*. Vol. 13. №. 1. 1981. P. 1-14.
174. Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und ubergesetz liches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*. №1. H. 5. 1946. S. 105-108.
175. Radbruch G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). *Oxford Journal of Legal Studies* : trans. Paulson B., Paulson S. Vol. 26. №1. 2006. P. 1-11.
176. Raz J. Can There be a Theory of Law? *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory* : eds. Golding M., Edmundson W. Blackwell Publishing, 2008. P. 324–342.
177. Raz J. Ethics in the Public Domain. *Essays in the Morality of Law and Politics*. Revised edition. Oxford : Clarendon Press, 1994. 364 p.
178. Raz J. The Authority of Law. *Essays on Law and Morality*. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2009. 340 p.

179. Raz J. The Argument from Injustice or How Not to Reply to Legal Positivism. Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy : ed. G. Pavlakos. Portland : Hart Publishing, 2007. P. 17-36.
180. Raz J. Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason. Oxford : Oxford University Press, 2009. 413 p.
181. Raz J. Practical Reasons and Norms. Oxford : Oxford University Press, 1975. 220 p.
182. Richard T. Natural Rights Theories: Their Origin and Development. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. 185 p.
183. Rodriguez-Blanco V. «Tracing Finnis's Criticism of Hart's Internal Point of View: Instability and the 'Point' of Human Action in Law». *The Cambridge Companion to Legal Positivism* : eds. Spaak T., Mindus P. Cambridge : Cambridge University Press, 2021. P. 695–719.
184. Rosenfeld M. Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. *Revue internationale de philosophie*. № 233(3). 2005. P. 363-392.
185. Rundle K. Opening the Doors of Inquiry: Lon Fuller and the Natural Law Tradition. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence. Cambridge Companions to Law.* : eds. Duke G., George R. Cambridge : Cambridge University Press, 2017. P. 428-456.
186. Schauer F. The Force of Law. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2015. 256 p.
187. Searle J. Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language. Cambridge : Cambridge University Press, 1970. 203 p.
188. Shapiro S. Legality. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2011. 472 p.
189. Shapiro, S. Charles F. Southmayd Professor of Law and Professor of Philosophy. Yale Law School. URL: <https://law.yale.edu/scott-j-shapiro>
(дата звернення: 01.10.2025)

190. Shapiro S., Hathaway O. The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World. Simon and Schuster, 2017. 608 p.
191. Spaak T. Robert Alexy and The Dual Nature of Law. 2019. – 32 pages – P. 2-3, 18.
192. Rationalismus. *Geschichte der Philosophie in Text und Darstellung*. Hg. Specht R. Stuttgart : Reclam, 1993. Bd. 5. 438 s.
193. Stavropoulus N. The Debate that never was. Harvard Law Review. Vol. 130. №. 8. 2017. P. 2082-2095.
194. Sunstein C. Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism. New Haven : Yale University Press, 2014. 208 p.
195. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory / ed. by M.P. Golding, W.A. Edmundson. Malden, MA : Blackwell Publishing, 2005. 355 p.
196. Waldron J. Normative (or Ethical) Positivism. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to «the Concept of Law»* : ed. Coleman J. New York : Oxford University Press. 2000. 462 p.
197. Waldron J. Thoughtfulness and the Rule of Law. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2023. 326 p.
198. Winston K. Good Order and Workable Arrangements: Lon Fuller's Critique of Legal Positivism. *The Cambridge Companion to Legal Positivism. Cambridge Companions to Law* : eds. Spaak T, Mindus P. Cambridge : Cambridge University Press, 2021. P. 651-674.
199. Woodbury-Smith K. Legal normativity in Kenneth Einar Himma's Coercion and the Nature of Law. *Revus*. № 45. 2021. URL: <https://journals.openedition.org/revus/7699> (дата звернення: 01.10.2025).

200. Окрема думка судді ВП ВС ОСОБА_1 у справі № 415/2182/20 (провадження № 13-15кє22). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117915511> (дата звернення: 01.12.2025)
201. Окрема думка судді КСУ М. Гультая стосовно Рішення №4-р/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/hultai_4-p_2018.pdf (дата звернення: 01.12.2025)
202. Окрема думка судді КСУ В. Лемака стосовно Рішення № 4-р(П)/2025. – С. 11. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/okrema_dumka_suddi_ksu_vasylya_lemaka.pdf (дата звернення: 01.12.2025)
203. Окрема думка судді КСУ О. Литвинова стосовно Рішення №4-р/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_r_2018_1.pdf (дата звернення: 01.12.2025)
204. Окрема думка судді КСУ М. Мельника стосовно рішення №2-р/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/2-p_2018_3.pdf (дата звернення: 01.12.2025)
205. Окрема думка судді ВС ОСОБА_1 до постанови Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15.01.2024 р. у справі № 722/594/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116446119> (дата звернення: 01.12.2025)
206. Окрема думка судді КСУ І. Сліденка стосовно Рішення №4-р/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/slidenko_4-p-2018.pdf (дата звернення: 01.12.2025)
207. Окрема думка суддів ВС Л. Катеринчук, Д. Гудими, В. Пророка від 12.05.2022 р. на ухвалу Великої Палати Верховного Суду про повернення справи № 922/2960/17. URL:

<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104728578> (дата звернення: 01.12.2025)

208. Окрема думка суддів ВС О. Прокопенка, В. Британчука, І. Желізного, О. Золотнікова від 12.10.2022 р. на постанову Великої Палати Верховного Суду у справі № 183/4196/21. URL: <https://iplex.com.ua/doc.php?regnum=107140909&red=100003461b3e598c5d2bcc7538a417698a9201&d=5> (дата звернення: 01.12.2025)
209. Окрема думка суддів ВС І. Желтобрюх, О. Білоуса, Н. Блажівської, С. Пасічник від 26.09.2023 у справі №640/7520/21. URL: <https://iplex.com.ua/doc.php?regnum=114237607&red=100003df0256293eb0cdff1ee3711b66115bb1&d=5> (дата звернення: 01.12.2025)
210. Рішення КСУ від 09.02.1999 р. № 1-рп/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v001p710-99> (дата звернення: 01.12.2025)
211. Окрема думка судді КСУ О. Мироненка стосовно Рішення № 10-рп/99 1999. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na10d710-99#Text> (дата звернення: 01.12.2025)
212. Рішення КСУ від 14.12.1999 р. № 10-рп/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-99#n2> (дата звернення: 01.12.2025)
213. Рішення КСУ від 23.05.2001 р. №6-рп/2001. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/429> (дата звернення: 01.12.2025)
214. Рішення КСУ від 15.04.2004 р. № 10-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v010p710-04> (дата звернення: 01.12.2025)
215. Рішення КСУ від 02.11.2004 р. у справі №15рп/2004. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/504> (дата звернення: 01.12.2025)
216. Рішення ВСУ від 03.12.2004 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0090700-04#Text> (дата звернення: 01.12.2025)

217. Рішення КСУ від 22.09.2005 р. № 5-рп/2005. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/516> (дата звернення: 01.12.2025)
218. Рішення КСУ від 11.10.2005 р. №8-рп/2005. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/519> (дата звернення: 01.12.2025)
219. Рішення КСУ від 29.01.2008 р. №2-рп/2008. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/522> (дата звернення: 01.12.2025)
220. Рішення КСУ від 29.06.2010 р. №17-рп/2010. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/613> (дата звернення: 01.12.2025)
221. Рішення КСУ від 22.12.2010 р. №23-рп/2010. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/619> (дата звернення: 01.12.2025)
222. Рішення КСУ від 01.06.2016 р. №2-рп/2016. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/1858> (дата звернення: 01.12.2025)
223. Рішення КСУ від 08.09.2016 р. №6-рп/2016. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/1924> (дата звернення: 01.12.2025)
224. Рішення КСУ від 28.02.2018 р. №2-рп/2018. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/2056> (дата звернення: 01.12.2025)
225. Рішення КСУ від 26.04.2018 р. №4-рп/2018. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/2173> (дата звернення: 01.12.2025)
226. Постанова ВС від 02.05.2018 р. у справі № 910/16011/17. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_kgs_vp_vid_02_05_2018_roku_u_sprav_i_910_16011_17/ (дата звернення: 01.12.2025)
227. Окрема думка судді ВП ВС О. Ситнік від 03.10.2018 р. у справі № 826/16892/17. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/646959/> (дата звернення: 01.12.2025)
228. Рішення КСУ від 04.06.2019 р. №2-рп/2019. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/2746> (дата звернення: 01.12.2025)
229. Рішення КСУ від 20.06.2019 р. №6-рп/2019. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/6_p_2019.pdf (дата звернення: 01.12.2025)

230. Постанова ВС від 03.06.2020 р. у справі № 522/17429/17. URL: <http://phtl.nlu.edu.ua/article/view/275628/272446> (дата звернення: 01.12.2025)
231. Постанова ВС від 04.06.2020 р. у справі № 460/354/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89674997> (дата звернення: 01.12.2025)
232. Окрема думка судді ВС С. Штелих від 26.01.2021 р. на постанову Великої Палати Верховного Суду у справі № 607/3693/17. URL: <https://zakononline.ua/court-decisions/show/98483111> (дата звернення: 01.12.2025)
233. Рішення КСУ від 14.07.2021 р. № 1-п/2021. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p2021.pdf (дата звернення: 01.12.2025)
234. Рішення КСУ від 16.09.2021 р. №6(II)-п/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-21#Text> (дата звернення: 01.12.2025)
235. Постанова ВС від 19.01.2022 р. у справі № 207/3286/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103135250> (дата звернення: 01.12.2025)
236. Постанова ВС від 16.06.2022 р. у справі № 905/813/20. URL: <http://phtl.nlu.edu.ua/article/view/275628/272446> (дата звернення: 01.12.2025)
237. Рішення Другого Сенату КСУ від 22.06.2022 р. №5-п(II)/2022. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/5185> (дата звернення: 01.12.2025)
238. Рішення КСУ від 20.12.2023 р. № 11-п(II)/2023. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/11_r_2_2023_0.pdf (дата звернення: 01.12.2025)

239. Постанова ВС від 01.09.2022 р. у справі № 120/8450/20-а. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106017641> (дата звернення: 01.12.2025)
240. Постанова ВС від 29.09.2022 р. у справі № 824/293/21. URL: <https://iplex.com.ua/doc.php?regnum=106517200&red=100003248d9c1dc2e792661c5c7838b75517f5&d=5> (дата звернення: 01.12.2025)
241. Постанова ВС від 24.01.2024 р. у справі № 346/1286/23. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/116607237> (дата звернення: 01.12.2025)
242. Постанова ВП ВС від 28.02.2024 р. у справі № 415/2182/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117555176> (дата звернення: 01.12.2025)
243. Постанова ВС від 27.02.2025 р. у справі №214/4527/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/125558708> (дата звернення: 01.12.2025)
244. Petukhov v. Ukraine (№ 2). ECtHR (Application № 41216/13) : judgment, 12 March 2019. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198296> (дата звернення: 01.12.2025)
245. The I. G. Farben Case. Washington, D.C.: Nuernberg Military Tribunals, United States Government Printing Office. 1952. URL: <https://www.loc.gov/collections/military-legal-resources/?q> (дата звернення: 01.12.2025)
246. Riggs v Palmer. 1889. 115 NY 506. URL: https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm (дата звернення: 01.12.2025)
247. Furman v. Georgia. 1972. 408 U.S. 238. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/238/> (дата звернення: 01.12.2025)

248. Plessy vs. Ferguson. 1896. Judgement. Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267. National Archives. URL: <https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson> (дата звернення: 01.12.2025)
249. Henningsen v. Bloomfield Motors 1960. Inc. 32 N.J. 358. 161. A.2d 69. URL: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html> (дата звернення: 01.12.2025)
250. Gregg v. Georgia. 1976. 428 U.S. 153. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/153/> (дата звернення: 01.12.2025)
251. Roe v. Wade. 1973. 410 U.S. 113. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/> (дата звернення: 01.12.2025)
252. Brown v. Board of Education of Topeka, Opinion; May 17, 1954; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; National Archives. URL: <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education> (дата звернення: 01.12.2025)