

ЧИ Є ПРАВО САМОСТІЙНОЮ СИЛОЮ? (ДО ІНСТРУМЕНТАЛЬНОГО ПІДХОДУ В ПРАВознавстві)

IS A RIGHT AN INDEPENDENT FORCE? (ON INSTRUMENTAL APPROACH IN LAW)

Цуркан-Сайфуліна Ю.В.,

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена філософсько-правовим аспектам розуміння права як сили крізь призму інструментального підходу в сучасному правознавстві. Показано, що силовий вимір права у філософсько-правовому дискурсі пов'язаний не лише з ідеєю примусу, а також із концептами легітимності й відповідності соціальним потребам.

Ключові слова: право й сила, право й влада, правовий примус, інструментальний підхід до права.

Статья посвящена философско-правовым аспектам понимания права силы через призму инструментального подхода в современном правоведении. Показано, что силовое измерение права в философско-правовом дискурсе связано не только с идеей принуждения, но также с концептами легитимности и соответствия социальным потребностям.

Ключевые слова: право и сила, право и власть, правовое принуждение, инструментальный подход к праву.

The article is devoted to the philosophical and legal aspects of consideration the law as a force through the idea of instrumental approach in modern jurisprudence. Author shows that force dimension of law in legal discourse if not only connected with the concept of coercion, but also with the ideas of legitimate ruling and correspondence to the social needs.

Key words: law and force, law and power, legal coercion, instrumental approach to law.

Актуальність теми. Формування сучасного філософсько-правового дискурсу нерозривно пов'язане з проблемою ціннісної визначеності права. З одного боку, ця проблема має зв'язок із глибинними питаннями природи права та характеру його впливу на людину й соціальні спільноти. З іншого ж боку, складно ігнорувати той факт, що ціннісна характеристика права обов'язково асоціюється також із примусом – характерною рисою правової реальності, що часто розглядається як основоположна відмінність права від інших соціальних регуляторів. Незважаючи на значне поживлення аксіологічної тематики на рівні дисертаційних і монографічних досліджень, можна констатувати збереження основного питання, довкола якого вона обертається, а саме: чи є право цінністю у власному сенсі цього поняття, чи воно є цінним лише як інструмент? У цьому сенсі актуальності набуває питання про продуктивність і релевантність інструментального підходу до розкриття змісту права, адже в ньому концентрується важлива теоретична модель сприйняття права як сили і як силового інструменту.

Інструментальний підхід у правознавстві є доволі поширеним, хоча не можна сказати, що він має глибоко розроблені теоретичні підвалини. Класичні праці С. Алексєєва та П. Рабіновича, присвячені проблемам інструментального виміру цінності права, сучасні розробки О. Малька й В. Шундікова дають змогу побачити найбільш перспективні напрями використання інструментального підходу до права. Не менш важливими є також праці Б. Таманаги, Дж. Раза, Д. Ллойда, які становлять аналітичне бачення права як інструменту.

Виклад основного матеріалу. Ключова ідея інструментального підходу в правознавстві полягає, з одного боку, у представленні права та окремих правових феноменів як засобу досягнення певних цілей, як індивідуальних, так і суспільних [1, с. 167–168]. Набуває популярності концепція, згідно з якою розгляд права як соціального інструменту надає можливість якісніше інтегрувати до юриспруденції такі сучасні методологічні програми, як, наприклад, синергетика [2]. З іншого ж боку, інструментальний підхід має стосунок до правової аксіології, адже, як писав свого часу С. Алексєєв, він «дає змогу предметно, конкретизовано розкрити власну цінність права, абсолютність і пріоритет правових начал у суспільстві, силу духу права [...]». Саме з позицій інструментального підходу виявляється можливим говорити не лише про цінності права загалом, а й про правові цінності» [3, с. 197]. Інструментальний характер правових цінностей підкреслює також К. Горобець, коли пише, що правові цінності є передовсім засобами, які використовуються для досягнення цінностей-цілей. У цьому сенсі жодна правова цінність (правопорядок, законність, суб'єктивні права та юридичні обов'язки тощо) не є самоціллю [4, с. 80–85]. Відомою інструментальною концепцією правової аксіології є потребовий підхід, розроблюваний П. Рабіновичем. У його основі лежить ідея про те, що право є способом організації та структурування соціальних цінностей, а так само – інструментом їх досягнення, захисту, перерозподілу й інформування про них [5, с. 26–32]. Розвиток цієї ідеї приводить дослідника до формування потребового праворозуміння, відповідно до якого «право – це обумовлені рівнем роз-

виненості суспільства можливості людини (чи групи людей) отримувати та використовувати засоби, необхідні для задоволення її біологічно і соціально обґрунтованих – у конкретно-історичних умовах – потреб існування й розвитку і забезпечувани соціальними обов'язками інших суб'єктів» [6, с. 17].

Можна продовжувати цей огляд наявних концепцій і напрямів застосування інструментального підходу в правознавстві, однак його головна ідея в будь-якому випадку залишається незмінною. Формально і змістовно право – це (усього лише) інструмент, покликаний виконувати певні функції. Ці функції можуть бути соціально корисними (задоволення потреб людей і соціальних колективів), а можуть бути соціально шкідливими (політичні репресії, переслідування іншодумства тощо)². Отже, право ставиться в залежність від інших соціальних систем, таких як економіка, політика, мораль, релігія тощо. У цьому виражається одна з ключових методологічних засад сучасного юридичного позитивізму: право відрізняється від інших регулятивних систем не змістовно, а формально². Одне з ключових питань, яке виникає в цьому зв'язку і яке вже було окреслено нами вище, полягає в тому, чи можемо ми говорити про силу права лише як інструменту, системи засобів досягнення цілей, чи правовий примус може базуватися й на власне юридичних підставах, що не є пов'язаними з цілями та потребами безпосередньо?

Як видається, характерною тут є думка К. Шундікова, який, серед іншого, підкреслює онтологічну значимість інструменталізму в праві. Він пише, що пошук інституційних властивостей і закономірностей правової матерії є невід'ємною частиною сприйняття правової форми з погляду інструментальної системи [1, с. 173]. Примітно, що йдеться тут передусім про інституційну систему з позиції функціонування системи правосуддя, правоохоронної системи тощо, того, що традиційно вкладається в поняття «інституційний блок правової системи». Утім таке бачення проблеми суттєво звужує сферу можливого дискурсу довкола того, чи є право самостійною сферою, адже він виявляється зведеним лише до питань правозастосування й у рідких випадках правоінтерпретації. З певною мірою певності можна констатувати, що такий підхід так чи інакше характеризує специфіку пострадянського дискурсу про право.

Чи дає такий дискурс змогу визначити характерні риси правового примусу з погляду сили самого права, досягнутого як інструменту чи як самоцінної

соціальної системи? Видається, що ні. Власне, сам концепт державного примусу³ часто розглядається крізь призму дискурсу покарання та юридичної відповідальності. Наприклад, М. Байтін у своїй відомій монографії «Сутність права» пише: «У можливості державного примусу як гарантії реалізації, охорони правових норм від порушень полягає одна з найбільш важливих особливостей права» [8, с. 65]. Не можна сказати, що ця позиція є дискутованою чи взагалі ставиться під сумнів у сучасній пострадянській загальнотеоретичній юриспруденції чи філософії права⁴.

З іншого боку, на небезпеку вузького інструментального розуміння права звертає увагу Б. Таманага. Зокрема, він зазначає, «якщо право – не більше ніж інструмент примусової сили держави і якщо ми не можемо дійти згоди щодо розуміння загального блага⁵, тоді ми маємо визнати, що соціальні групи та окремі індивіди будуть намагатися збільшити обсяг права для того, щоб забезпечити власні потреби й інтереси, або ж орудувати ним як зброєю проти своїх опонентів» [10, р. 7].

Американський дослідник пропонує екстраполювати цю проблему на правозастосування, щоб переконатися в тому, які загрози несе для верховенства права інструментальний підхід до права. Він справедливо зазначає, що розгляд права всього лише як інструменту дає змогу винести за межі правової аргументації питання про цілі права та його регулятивної спрямованості. Якщо право є інструментально іррелевантним, то це робить його кон'юнктурним засобом досягнення цілей, що ставить правові ідеї та принципи в залежність від переконань суддів. Він пише: «Наявна загроза верховенству права [...] полягає не в тому, що для судді неможливо бути пов'язаним правилами під час винесення рішень, залишаючи обабіч суб'єктивні переконання. Швидше загроза йде від *віри* в те, що суддя не в змозі цього зробити, та *вибору* цього не робити» [11, р. 49]. Відтак інструментальний погляд на право, представлений у розрізі правозастосовної системи й концепту примусу, що має зовнішнє щодо права походження, створює серйозні загрози для верховенства права, оскільки надає можливість знизити значимість ключових правових ідей, що мають принципове значення для правового мислення.

Трохи іншою, хоча й значною мірою контрверсійною, є позиція британського філософа права Л. Гріна, який, розглядаючи інструментальний під-

¹ У науковій літературі, утім, широко дискутується питання щодо того, чи може взагалі право бути інструментом досягнення соціально шкідливих цілей. Як видається, історичний досвід не раз демонстрував справедливість таких суджень, хоча багато філософів права вважають, що застосування права, яке є соціально шкідливим або ж несправедливим, створює стан не-права (формула Радбруха). Стаття не має на меті формулювання аргументів за чи проти такого бачення правового інструменталізму, оскільки це є предметом окремих досліджень.

² Примітно також є думка Дж. Раза, що додатково варто також говорити про особливий стиль мислення та аргументації (reasoning), який характеризує відмінні особливості правового дискурсу [7].

³ На сьогодні можна констатувати відсутність належного рівня розробки концепції правового примусу як альтернативи державному примусу. Це суттєво підриває релевантність інструментального підходу потребам сучасної юриспруденції.

⁴ Варто, утім, зазначити, що нині відбувається поступовий перехід від концепцій державного примусу до концепцій правового примусу. Як пише А. Поляков, «підстава суто правового примусу полягає в наявності правомірного домагання на виконання правових обов'язків, які в силу цього мають іманентно примусовий характер» [9, с. 297–298]. Такий психолого-аксіологічний підхід до розуміння правового примусу явно має корінням психологічну теорію права Л. Петражицького, хоча й із деякими модифікаціями.

⁵ Йдеться про те, що, на думку Б. Таманаги, розуміння права як інструменту, що з'явилося на початку ХХ ст., було пов'язане з ідеалістичними уявленнями про його можливості досягти певного соціального ідеалу. На сьогодні ж ці ідеї настільки себе дискредитували, що розмови про загальне благо викликають швидше спротив, аніж прийняття.

хід до права, ставить логічне питання: якщо право є лише інструментом, чи означає це, що воно ніколи не є метою? Якщо створення окремих правових норм (законодавчим чи судовим шляхом) може розглядатися як мета, то виходить, що право як інструмент націлене на саме ж право. Утім ця суперечність зникає, якщо прийняти позицію, відповідно до якої засіб і мета є відносними, а не абсолютними категоріями. Завдяки цьому встановлення законодавчого регулювання справді може розглядатися і як мета, і як засіб, залежно від того, яка позиція аналізу [12]. Отже, навіть сприймаючи інструментальне бачення права, можна констатувати його власну цінність як мети, не лише як засобу. Однак головне питання, поставлене нами в назві цієї статті, залишається актуальним: чи є право самостійною силою з погляду його розуміння як інструменту?

Як видається, суттєвою проблемою інструментального підходу до права, який ґрунтується на розробках класичної позитивістської доктрини (передусім Г. Кельзена, котрий першим озвучив думку про право як про «пустий інструмент, зміст якого може бути будь-яким»), є прагнення розглядати право з погляду феномена, тобто взятого «самого по собі». У цьому сенсі «новий» позитивізм, представлений передовсім роботами Г. Харта, дає змогу відкрити нові перспективи в розумінні права як сили.

Справді, зовсім інакше інструментальний підхід до права розкривається під час застосування методології, що має у своїй основі аналітичну філософсько-правову традицію. Тут у силу вступають поняття правової форми та примусу як значимі аспекти правового дискурсу, який, власне, і є правом. Не вдаючись до дискусій, що зазвичай супроводжують проблему концептуалізації права в руслі аналітичної філософсько-правової традиції⁶, маємо на меті лише показати, як саме трансформуються уявлення про те, у якому сенсі право іменується силою, та як це впливає на релевантність інструментального підходу в правознавстві.

Як уже підкреслювалося, однією з центральних тез юридичного позитивізму, що якраз і є домінуючою науково-дослідною програмою, у якій розвиваються ідеї аналітичної філософії права, є ідея щодо значущості формального критерію відмежування права від усього того, що правом не є. Тут, утім, варто зазначити, що сам феномен правової форми є доволі дискусійним у філософсько-правовій літературі, а так само є невизначеним його статус із погляду структурування правової реальності. Наприклад, заслуговує на увагу думка Ю. Ветютнева щодо того, що соціальна реальність, у тому числі правова, має бути відносно активною, діючою, вона не лише людину байдужою, а примушує рахуватися із собою [14, с. 67]. Слідуючи в цьому аргументі за постмодерністськими та герменевтичними концепціями,

автор також пише, що однією з важливих, хоча й далеко не очевидних, властивостей права є його здатність до утворення власного світу, який розуміється у двох сенсах: і як відокремлена жива система, і як вільний від хаосу стан [14, с. 67]. Це дає йому змогу зробити висновок, що правова форма – це сукупність зовнішніх і внутрішніх властивостей тексту чи дії, що надають йому юридичного значення [14, с. 70].

Отже, поняття правової форми розуміється тут не в традиційному для вітчизняної загальнотеоретичної юриспруденції ключі, де воно зазвичай розкривається з позиції системи джерел права. Ключовою функцією правової форми в інтерпретації Ю. Ветютнева є конструювання правової реальності. Інструментальний характер такої правової форми, як видається, виражено в ідеї необхідності підпорядкування людей деякому зводу правил, які є рівно застосовними та підкріплюються примусом.

Такий підхід загалом виражає класичну ідею юридичного позитивізму Дж. Остіна щодо існування звички підкорятися велінням суверена. Доти, доки ця звичка зберігається, установлювані ним правила визнаються правовими. Фундаментальне уточнення цієї ідеї, здійснене Г. Хартом, виражене у фіксації правила визнання як критерію зарахування правил до таких, які ми називаємо правовими з огляду на їхню застосовність і включеність у сферу правової аргументації [15, гл. 5], надало можливість констатувати, що право є силою не лише з погляду можливості застосування примусу, яке в контексті вітчизняної традиції юриспруденції нерідко розглядається як дещо зовнішнє щодо права⁷, а й із позиції конструювання мовного середовища права. У цьому сенсі аналітична філософія права робить поворот у бік визнання власної сили права як такого, безвідносно від існування міцної та ефективної інституційної системи.

Таке бачення силової характеристики права наводить на думку про використання структурної методології Е. Гідденсом, адже він розглядає право саме з точки погляду структурації соціального буття. Якщо право – це передусім сфера мови, аргументації й смислової детермінації поведінки, то слушною є думка соціолога, що, оскільки мова організує мислення та діяльність у тому сенсі, що привносить у них низку вироблених і зумовлених нормами властивостей, процес його засвоєння встановлює певні межі свідомості й діяльності. Звідси структура – це властивість соціальних систем, яка «замкнена» в практиках, що регулярно відтворюються в часі та просторі [16, с. 248–249]. Для права це означає передовсім те, що розгляд його як інструменту не позбавляє його сутнісних «силових» характеристик, адже іманентно властива праву мовна структура є примусовою вже на рівні структурування соціальної реальності.

⁶ Комплексним і важливим з погляду сучасних інтерпретацій аналітичної філософії права є видання В. Оглезньова та В. Суворцева [13], де надано огляд не лише методології аналітичної філософії права, а й тих проблем і викликів, які стоять сьогодні перед цією течією.

⁷ Ідеться насамперед про те, що примусовість розглядається як характеристика не самого права, а інституційної системи, яка його оточує, забезпечує передовсім інфраструктуру правозастосування. 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.

Отже, на рівні мовного аналізу з'ясовується, що право в принципі не може бути беззмістовним, але його зміст визначається інституціоналізованими формами мислення й діяльності, які, відтак, є центральними складовими правової системи. Тобто, за такого підходу фактично констатується субстанційна єдність мислення й діяльності, оскільки вони разом постають як форми комунікації, що є базовими складовими правової реальності. Звідси випливає, що висновок Г. Кельзена, Г. Харта та інших позитивістів про беззмістовність права потрібно сприймати не як констатацію факту, а як методологічний прийом, гіпотезу, що полегшує сприйняття правових феноменів. Примусовий характер права, пов'язаний із його мовним змістом, відповідним способом конструювання соціального життя, не лише не суперечить інструментальному підходу, а є його закономірним логічним продовженням.

Соціальна діяльність у правовій сфері здійснюється в просторі дії права, тобто в соціальному просторі, де існують правові комунікації, а отже, відповідне мовне регламентування мислення й дій людей. Водночас соціальна діяльність у правовій сфері не обмежена лише регламентацією соціальних відносин, оскільки проводяться теоретичні юридичні дослідження, здійснюється доктринальне тлумачення, надаються наукові експертні висновки до проектів правових актів і відповідні наукові прогнози тощо,

тобто це – наукова правова діяльність, яка ґрунтується на плюралістичних ідеях.

Таке бачення проблеми сили права, прив'язане до концепції мовного структурування мислення й діяльності, у поєднанні з інструментальним підходом до форми та змісту права дає змогу констатувати перспективність уточнення тих правових концептів, які виражають дієвість і ефективність правового примусу.

Висновки. Інструментальний підхід до права як один із найбільш поширених засобів пояснення правової системи в юридичному позитивізмі, безумовно, відкриває суттєві перспективи для осмислення сили права й природи правового примусу. Співвідношення засобу та мети в правовому дискурсі породжує ситуацію, у якій право однозначно зараховують до засобів, тоді як питання про мету виноситься за межі юридичної аргументації, що несе в собі загрозу для верховенства права. Саме тому використання інструментального підходу має передбачати звернення до надбань аналітичної філософсько-правової традиції, у якій примусовий характер права зумовлюється не лише зовнішніми (формальними) характеристиками правових приписів, а й самим характером юридичної мови й аргументації. Право, виступаючи мовленнєвим інструментом, відповідним чином конструює соціальну реальність і вже в цьому виявляє свою примусову дію. Відтак право є самостійною силою навіть у ракурсі розгляду його як інструменту.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Шундиків К.В. Інструментальний підхід і інструментальна теорія в сучасному правознавстві: методологічний аспект / К.В. Шундиків // *Ленинградський юридический журнал*. – 2005. – № 3. – С. 167–175.
2. Шундиків К.В. Юридический інструменталізм в методології синергетики / К.В. Шундиків // *Ленинградський юридический журнал*. – 2014. – № 4 (38). – С. 160–167.
3. Алексеев С.С. *Право: азбука – теорія – філософія: опыт комплексного исследования* / С.С. Алексеев. – М.: Статут, 1999. – 712 с.
4. Горобець К.В. *Аксиософера права: філософський і юридический дискурс: [монографія]* / К.В. Горобець. – О.: Фенікс, 2013. – 218 с.
5. Рабинович П. *Соціалістическое право как ценность* / П. Рабинович. – 2-е изд., стереотип. – О.: Юрид. л-ра, 2006. – 166 с.
6. Рабинович П. Людські потреби – глибокий визначальний чинник праворозуміння / П. Рабинович // *Вісник Національної академії правових наук України*. – 2014. – № 4. – С. 14–24.
7. Raz J. *Practical reason and norms* / J. Raz. – Oxford: Oxford University Press, 1999. – 224 p.
8. Байтин М.И. *Сущность права. Современное нормативное правопонимание на грани двух веков* / М.И. Байтин. – Саратов: СГАП, 2001. – 400 с.
9. Поляков А.В. *Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: [курс лекций]* / А.В. Поляков. – 2-е изд., доп. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 845 с.
10. Tamanaha B.Z. *On the Instrumental View of Law in American Legal Culture* / B.Z. Tamanaha // *Legal Studies Research Paper Series*. – 2008. – Vol. 8. – P. 1–9.
11. Tamanaha B.Z. *How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law* / B.Z. Tamanaha // *DePaul Law Review*. – 2007. – Vol. 56. – P. 1–51.
12. Green L. *Law as a Means* / L. Green // *University of Oxford Legal Research Paper Series*. – 2009. – Issue 8. – P. 1–32.
13. Оглезнев В.В. *Аналитическая философия, юридический язык и философия права* / В.В. Оглезнев, В.А. Суровцев. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2016. – 236 с.
14. Ветютнев Ю.Ю. *Аксиология правовой формы* / Ю.Ю. Ветютнев. – М.: Юрлитинформ, 2013. – 200 с.
15. Харт Х.Л.А. *Концепция права* / Х.Л.А. Харт. – К.: Сфера, 1998. – 236 с.
16. Гидденс Э. *Устроение общества: Очерки теории структуризации* / Э. Гидденс. – 2-е изд. – М.: Академический Проект, 2005. – 528 с.

НОТАТКИ