

УДК 340.342

*Л.О. КОРЧЕВНА, канд. юрид. наук, доц.**Одеський національний університет ім. І.І. Мечникова*

НОРМАТИВНИЙ І ДЕСКРИПТИВНИЙ ПІДХОДИ ДО ПРАВА

Аналізуються теоретичні, політичні і моральні переваги і недоліки природної та позитивної шкіл права.

Позитивні закони є творінням не лише розуму, а й людської волі, і як такі можуть бути справедливими або ж несправедливими. З цієї точки зору вони потребують оцінки. Чим же мусить керуватися законодавець щодо визначення прав та обов'язків осіб, котрі підкоряються його велінням? Він не може черпати провідні вказівки з самого позитивного права, бо це як раз те, що вимагає оцінки та зміни; для цього потрібні інші, вищі міркування. Він не може задовольнятися і вказівками життєвої практики, бо остання охоплює значне розмаїття елементів, інтересів та вимог, які приходять до взаємного зіткнення з іншими, і між якими треба розібратися. Щоб з'ясувати їх відносну силу та цінність, потрібно мати єдині ваги та чинники, тобто керівні основні принципи, які може дати лише філософія.

У викладених положеннях відображена сутність проблеми дескриптивного і нормативного (легітимізаційного) підходів до права; перший пов'язаний з фактично діючим правом, другий - з морально правильним правом.

Необхідність розмежування дескриптивного і нормативного підходів до права зумовлена тим, що спеціалізація на дескриптивних проблемах лишає можливість визначення позитивної правової науки в усій певності. Однобічне позитивістське поняття права, ґрунтоване на усуненні з правової дійсності всіх допозитивних і надпозитивних елементів, знає лише юридичну норму і нічого не хоче знати про інший вимір права, що називається легітимністю на відміну від легальності. Позитивісти, дефілюючи право взагалі, вилучають момент справедливості з державно-правового дискурсу. Вони усувають як з теорії права, так і з правової реальності усі елементи справедливості, а те що залишилося (юридичні приписи держави), і що в дійсності є лише часткою, позитивізм видає за ціле. Як наслідок, у межах позитивістського поняття права не залишається місця для постановки проблеми легітимізації, а відтак, і для проблематики справедливості. Це поняття повністю належить сфері позитивного. Тому з огляду на викладене, очевидно стає потреба відхилити занадто звужену дефініцію права, бо позитивістське визначення права є слабким.

Про спрощеність проблеми дескриптивного і нормативного підходів до права виразно свідчить праця "Чисте вчення про право" відомого представника юридичного позитивізму Г. Кельзена.

Г. Кельзен, рішуче заперечуючи будь-яку теорію справедливості, парадоксальним чином включає свою позицію до контексту традиції, закладеної фі-

лософом Кантом, який не тільки визнає моральне поняття права, але й детально опрацьовує його. У "Чистому вченні про право" Кельзен (як це робив у своїй філософії права і Кант) прагне пізнати право не лише у його історично і суспільно різних формах, а й у його загальній сутності. Він теж, як і Кант, прагне виявити "незмінні принципи будь-якого позитивного законодавства". Але відшукуванні принципи розуміються Кельзеном зовсім інше, ніж Кантом.

Кантівська філософія права примикає до "Критики практичного розуму" з характерним для останньої запереченням етичного емпіризму і скептицизму. Досліджуючи позитивно діюче право, Кант вважає можливою незалежну від досліду філософію права і розробляє цю філософію, обґрунтовуючи нормативні принципи права а рїогї. Йдеться спершу про апіорні основи принципів конституції, а потім - про апіорні основи законів правового і державного устрою. Якщо кантівські "незмінні принципи законодавства" пов'язані з легітимністю позитивного права, то увага Кельзена прикута до позитивної дії права. Можна припустити, що зміщення уваги пов'язано з тематичним обмеженням, бо Кельзена цікавить, власне кажучи, наукова юриспруденція, а не етика права. Однак, це зміщення уваги має глибоку підставу і далеко сягаючі наслідки. Отже, коли йдеться про легітимізацію права, необхідно виокремити позитивно-дане ("опис", легальне) і надпозитивно-задане ("припис", легітимне). Нормативний елемент є, як це має місце у Аристотеля, Канта, Гегеля, не чимось іншим, як справедливістю. У межах нормативних посилок справедливість визнається як дещо само по собі зрозуміле, як постулат. Природно-правове мислення приходить (найбільш пізно в особі Канта) до розуміння того, що природа, до нормоустановчого авторитету якої як до останньої інстанції в змозі апелювати надпозитивна критика держави і права, не має нічого спільного з світом емпіричного, тобто з природою в дескриптивному розумінні. У Канта остаточно полишається натуралізм: природне право виводиться не з природних прагнень та властивостей людини, а з самої сутності її духу, з практичного розуму; розум тут не лише знаряддя для знаходження принципів, а їх джерело, він найбільш могутня природа людини. Й за Гегелем: "Підґрунтям права є духовне... Субстанцією духу є свобода ... Тож поняття права за своїм походженням тлумачиться поза наукою про право, його дедукція передбачається тут як така, що вже має місце, і його необхідно сприймати як дане" [1, с.66-

67].

Аналогічно, й за Кельзенем, право відноситься не до сфери фактичності, не до чуттєво сприйманих подій, які підкорені закону причинності, а до належного і смислу (значення). "Поняття "норма", - пояснює Кельзен, - розуміє, що дещо мусить бути чи здійснюватися і, особливо, що людина мусить діяти (вести себе) певним чином. Норма при цьому постає як схема тлумачення фактичності і надання їй правового смислу" [2, с.11]. На цій підставі Кельзен, користуючись кантівською теоретико-пізнавальною термінологією, називає основну норму "трансцендентально-логічною умовою цього витлумачення". Нормативне тлумачення фактичності (того чи іншого акту, дії, події) тим самим принципово відмінне від її каузального (причинно-наслідкового) тлумачення. "Конкретна дія, - нотує Кельзен, - отримує свій специфічний юридичний смисл, своє власне правове значення, той акт можливо витлумачити відповідно до цієї норми. Норма функціонує в значенні схеми витлумачення. Норма, яка надає акту значення правового (або не правового) акту, сама утворюється шляхом правового акта, який своєю чергою отримує правове значення від іншої норми" [2, с.11]. У цій ієрархії норм наступна норма постає як "більш висока" норма, а вся система норм в цілому зводиться, врешті решт, до основної норми. Остання постає в інтерпретації Кельзена вихідним пунктом процедури створення позитивного права. Вона делегує нормотворчу владу, тобто встановлює правило, згідно з яким мають створюватися норми права. "Основна норма визначає основний фактор правотворчості, тож її можна назвати конституцією в смислі правової логіки, на відміну від конституції в смислі позитивного права" [2, с.74].

Серед представників теоретико-правового позитивізму Кельзен є одним з найбільш відомих авторів, що опрацьовували теорію імперативів і визначали право не шляхом наказів, а шляхом правил і повноважень. Хоча теорія права отримує тим самим принципово нову орієнтацію, все ж в одному концепції Кельзена співпадає з традиційним правовим позитивізмом. Кельзен теж визнає поняття права, виходячи з поняття санкції. "Право відмінне від інших соціальних порядків (мораль, релігія – авт.) тим, що це примусовий порядок. Його розпізнавальна ознака - використання примусу; це означає, що акт, передбачений порядком в значенні наслідку соціально шкідливого вчинку, мусить здійснюватися також і всупереч волі його адресата, а у випадку опору з його боку – і з застосуванням фізичної сили" [2, с.18].

У теорії імперативів правовий примус постає, передусім, як насилля з боку зовнішньої владної інстанції. У Кельзена правові модальності приписів (наприклад, обов'язкова сплата податків, заборона на крадіжку, грабунок чи вбивство) отримують більш широке тлумачення завдяки категорії повноваження. За допомогою цієї категорії Кельзен опрацьовує ту точку зору, яка мала місце в гоббсівській "дії на підставі авторитету", але яка зникла в імперативній дефініції права у Остіна.

За Кельзенем, примус лише тоді має правовий статус, коли він започаткований деякою установою, яка вповноважена на вчинення певних дій, тобто від установ, чия влада видавати чи застосовувати приписи отримана і ззовні. Поліцейські, що приходять у ваш будинок з обшуком, чиновники, які висувають вам вимоги сплатити податки, чи судові виконавці, що примусово здійснюють накладені на вас стягнення, діють від чужого імені - за дорученням більш високої правової установи. Конкретний правовий примус, що чинить представник виконавчої влади, своєю підставою має надані йому повноваження. Повноваження надаються, говорить Кельзен, вищою установою, яка, своєю чергою, вповноважена іншою, ще більш високою установою. Саме у такий спосіб право оформляється в ієрархічну систему повноважень, започаткованих конкретною юридичною практикою - шляхом розпоряджень, указав і законів – до основного закону – конституції, а в історичній послідовності низки конституцій - до історичної першої конституції. На шляху сходження від конституції до конкретної історичної практики має місце зростаюча індивідуалізація і конкретизація.

Повноваження, за допомогою якого Кельзен визначає право, не є до-позитивною чи надпозитивною категорією; воно - внутрішньоправове і до того ж суто формально поняття. Всупереч Остіну Кельзен відмовляється редуциувати право до доправових і позапорових даностей. Всупереч Августину, дефініція права у Кельзена повністю належить сфері позитивного.

На тій підставі, що категорія повноваження є не лише внутрішньоправовим, але й суто формальним поняттям, ця категорія веде до висловлювання, настільки відомому, наскільки і провокаційному: "Будь-який зміст може мати характер права". О. Хеффе з цього приводу зауважує, що можливо Кельзен не досить виразно розуміє смисл відмінностей між теорією легітиматії (правовою етикою) і його власною теорією чинного права ("загального вчення про право"), наслідком чого є те, що він, не бажаючи поставити під загрозу чисте позитивне поняття права, відхиляє точку зору справедливості як таку. Однак в певних правових устроях існують конституційні принципи, такі як, наприклад, права людини і громадянина, що мають значення справедливості. Завдяки цим конституційним принципам деякі норми виводяться за межі сфери права: закони, що явно суперечать правам людини і громадянина, не можна визнавати чинним правом. За О. Хеффе, теоретико-правовому позитивізму необхідно ще довести, що визначення права задовільним чином можливо здійснити шляхом вказівки на наділену повноваженнями владу, що дозволяло б обійтися без залучення перспективи справедливості. На його думку, ідея наділеної повноваженнями і, відповідно до конкретного обсягу цих повноважень, ієрархічно структурованої влади не забезпечує строгої дефініції права. Бо делегування влади разом з ієрархією делегування має місце і у випадку організованої злочинності [3, с.93-94].

Основну функцію правопорядку Кельзен вбачає

в принципі колективної безпеки. Слід наголосити, що він лише описує основну функцію, не даючи їй при цьому нормативної оцінки. Коли б Кельзен вдався до такої оцінки, то це загрожувало би руйнацією його позитивістського поняття прав, бо колективна безпека є водночас і правообґрунтовуючим, праводefінуючим, і, окрім того, праволімітуючим елементом справедливості. А якщо це так, то тоді позитивістську тезу про абсолютні повноваження необхідно визнати невірною як з етико-правової, так і з теоретико-правової точок зору, бо така абсолютність задається не внутрішньо правовими повноваженнями, як це має місце у Кельзена, а тим типом повноважень, які мають допозитивну і надпозитивну природу, повноваженнями які, власне, і “надають” повноважень самій системі повноважень. Тією мірою, якою будь-яка правова спільнота “загалом і в цілому” забезпечує колективну безпеку, це вказує на те, що устрій правовим чином оформленого співжиття залежить від деякої мінімальної концепції справедливості, вільної від затвердженого Кельзеном етико-правового релятивізму.

Й. Месснер, критикуючи Кельзена, наголошував, що хоча “повноваження на застосування примусу це і суттєвий складник права, але не єдина його сутність”. З цього приводу він погоджувався з гегелівським підходом (примус - не основоположна сутність права, а засіб відновлення порушеного права) і критикував “теорію примусу позитивістської філософії права, які повністю ототожнюють право з державною системою примусових норм” [4, с.238].

Представників природно-правової школи часто звинувачують у допущенні формально-логічної помилки, назва якої “підміна сушого належним”. Критики виходять з того, що природно-правова аргументація апелює до “єства”, яке в тій чи іншій формі вважається задаючим норму авторитетом. Однак, на їх думку, подібна апеляція до нормуючого авторитету природи засвідчує про підміну сушого належним, тобто виведення нормативних обов’язковостей з природних характеристик людини і світу. Природа ж має лише фактичне, але не нормативне значення, вона - суще, а не належне. Кожний, хто спробує вивести з неї будь-які (надпозитивні) правові обов’язковості, ризикує скоїти помилку підміни сушого належним.

У відповідь представники природно-правової школи стверджують, що людина по суті своїй є природно розумною істотою, яка в змозі визнавати як фундаментально природно-правове судження, а відтак, й усі посилки цього ствердження, і сам кінцевий висновок, не можна назвати в строгому сенсі де-

скриптивними. Нормативний елемент, який вводиться в значенні необхідного, є, як це має місце в Аристотеля, Канта, Гегеля, не чимось іншим, як справедливістю. У межах нормативних посилок справедливість визнається як дещо само по собі зрозуміле, як постулат.

Природно-правове мислення приходить (найбільш пізно в особі Канта) до розуміння того, що природа, до нормоустановчого авторитету якої як до останньої інстанції в змозі апелювати надпозитивна критика держави і права, не має нічого спільного з світом емпіричного, тобто з природою в дескриптивному розумінні. У Канта остаточно полишається натуралізм: природне право виводиться не з природних прагнень та властивостей людини, а з самої сутності її духу, з практичного розуму; розум тут не лише знаряддя для знаходження принципів, а їх джерело; він найбільш могутня природа людини.

Здійснений аналіз проблеми нормативного і дескриптивного підходів до права не є самоціллю, а має важливе теоретичне значення для досліджень у сфері сучасного українського права. Загальновизнане трансцендентальною філософією розрізнення сушого й належного, права і факту, не дивлячись на головне його значення для вчення про право, і, насамперед, для визначення поняття права, досить важко сприймалося вітчизняною наукою впродовж майже всього часу. Якщо школа західного і вітчизняного природного права визнавала за необхідне розмежовувати суще і належне, то юридичний позитивізм змішував ідею правового належного з ідеєю існуючого правопорядку. Тим самим будь-який порядок, якою б мірою він не суперечив ідеї права, мусив був вважатися правовим. Однак, лише за умови семантичного відмежування нормативного підходу від дескриптивного з’являється можливість розглядати той чи інший юридичний припис фактично діючим і водночас етично і аксіологічно непридатним і, зокрема, несправедливим.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гегель Г. Философия права. -М.: Мысль, 1990.
2. Чистое учение о праве Ганса Кельзена. -М.: Юриздат, 1987. Вип.1.
3. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. -М., Гнозис, 1994.
4. Messner J. Das Naturrecht, 7 Aust. Innsbruck, 1958.

Надійшла до редколегії 30.11.2002

КОРЧЕВНАЯ Л.А. НОРМАТИВНЫЙ И ДЕСКРИПТИВНЫЙ ПОДХОДЫ К ПРАВУ

Анализируются теоретические, политические и моральные преимущества и недостатки естественной и позитивной школ права.

KORCHEVNAJA L.A. THE NORMATIVE AND DESCRIPTIVE APPROACHES TO THE LAW

The idealized, political and intellectual advantages and lacks of natural and positive schools of the law are analyzed.