НЕЗАСТОСОВНІСТЬ ІДЕАЛЬНОЇ МОРАЛІ У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ[1]

О. СПЕКТОР
доктор філософії, професор філософії права
(Університет Торкватo ді Телла,
м. Буенос-Айрес, Аргентина,
Університет Сан-Дієго, США)

I

Більшість класичних і сучасних філософських теорій права підтримує дві ідеї. Перша ідея полягає в тому, що право становить прикладну нормативну систему (наприклад, систему норм і принципів), яка або приписує певну поведінку підданим чи громадянам, або встановлює нормативні рішення, які судді мають застосувати у порушених ними справах. В обох випадках право — це прикладна система, в якій містяться підстави для відповідних адресатів вчиняти певні дії чи утримуватися від них. Я буду називати це тезою прикладної нормативності[2]. Друга ідея у тому, що якщо система права легітимна або виправдана, то її легітимність або виправдання випливає з того факту, що система права належним чином пов'язана з ідеальною або критикуючою мораллю (що протиставляється соціальній або звичайній моралі). Це я буду називати тезою моральної легітимності.

Непозитивістські юридичні теорії погоджуються з обома названими тезами. Найкращими прикладами у цьому сенсі є теорії природного права. Юснатуралісти визнають право сукупністю норм чи підстав для поведінки, що підпорядкована чи виводиться з вимог ідеальної моралі. Підтримуючи тезу моральної легітимності, юснатуралісти наполягають на особливому виді зв'язку між правом й ідеальною мораллю. Вони стверджують, що право обов'язково відображає, чи віддзеркалює, ідеальну мораль. Відображення чи віддзеркалення може набувати різних форм. Наприклад, Тома Аквінський (*Thomas Aquinas*) вважав юридичні

[1] Ця доповідь (*Irrelevance of ideal morality to international law*) була представлена на Міжнародному симпозіумі «Філософія і сучасне міжнародне право» у Санкт-Петербурзькому державному університеті, 13–14 травня 2013 р. Я вдячний учасникам симпозіуму за дуже добрі питання під час обговорення. Переклад з англійської мови Д. Вовка.

[2] Щодо дискусії про тезу практичної легітимності див.: [1–3].

© О. Спектор, 2013

норми логічними наслідками ідеальних моральних принципів або пристосуванням змісту цих принципів до прикладного регулювання. Інші представники школи природного права вбачають функціональний зв'язок між правом й ідеальною мораллю. Так, Дж. Локк (*J. Locke*) стверджував, що функцією права є захист апріорних природних прав, тому що неюридична та бездержавна система примусу (тобто природний стан) породжує «великі незручності». Хоча сучасні непозитивістські підходи не наполягають на існуванні природного права з усіма його метафізичними наслідками, вони, як і раніше, тримаються тез практичної нормативності і моральної легітимності. Зокрема, Р. Дворкін (*R. Dworkin*) захищає розуміння права як інтерпретації, де зв'язок між правом й ідеальною мораллю — це зв'язок вміщення чи включення. Він доводить, що правова система обов'язково містить ідеальні моральні принципи, які інтерпретуються протягом її інституційної історії.

Позитивістські теорії в основному погоджуються з тезою прикладної нормативності, але розрізняються у сприйнятті тези моральної легітимності. Хоча позитивісти заперечують обов'язковий зв'язок між правом і мораллю, деякі з них погоджуються з твердженням про те, що якщо право є морально легітимним або виправданим, його виправданість чи легітимність виводиться з ідеальної моралі. Хоча Г. Кельзен (*H. Kelsen*) і Г. Харт (*H. Hart*) приймають тезу практичної легітимності, оскільки вони розуміють правові норми як практичні вказівки, незрозуміло, чи погоджуються вони з тезою моральної легітимності. Г. Кельзена можна інтерпретувати у тому дусі, що право виправдовується скоріше через демократичний консенсус, ніж через ідеальну мораль. Г. Харт природно розглядається як теоретик утилітаризму, а утилітаризм, у свою чергу, може розумітися як відстоювання неідеальних моральних норм у різноманітних контекстах. На відміну від нього Дж. Раз (*J. Raz*) явно підтримує тезу моральної легітимності, оскільки він висуває похідну від останньої тезу: «усі вказівки влади повинні ґрунтуватися на підставах, які вже самі по собі прямо застосовні до суб'єктів вказівок і пов'язані з їхніми діями у межах тієї чи іншої директиви» [4, с. 86; 5, с. 55]. Теза, яку наводить Дж. Раз, — це різновид тези моральної легітимності, тому що (1) апріорні підстави, на яких ґрунтуються юридичні вказівки і які самі по собі застосовані до суб'єктів вказівок, є моральними підставами, і (2) зв'язок між юридичними вказівками і моральними підставами одночасно є і функціональним, і логічним.

Я хотів би показати незастосовність ідеальної моралі у міжнародному праві. Тому корисно уточнити, що я розумію під цими двома термінами, негативно пов'язаними між собою, тобто під ідеальною мораллю і під міжнародним правом.

Ідеальна мораль, яка протиставляється соціальній чи звичайній моралі, частіше за все визначається як сукупність чи система моральних правил, які відповідають таким формальним ознакам, як універсальність і загальновідомість і чиє головне завдання полягає в тому, що вони є керівним підґрунтям для ухвалення моральних рішень і служать архимедовим стандартом для оцінки моральних правил і узвичаєнь, що існують у певному суспільстві. Ролзівська «концепція права» є прикладом ідеальної моралі. Дж. Ролз (*J. Rawls*) визначає її як «сукупність принципів, загальних за формою і універсальних у застосуванні, що мають дістати

громадське визнання як суд останньої інстанції для упорядкування конфліктуючих вимог моральних осіб» [6, с. 117; 7, с. 195]. У кантіанській традиції, до якої належить концепція Дж. Ролза, передбачається, що ідеальна мораль містить припущення про її універсальну або повну несуперечливість. Це означає, що ідеальна мораль має бути раціонально сприйнята у певному соціальному світі, де її вказівки цілковито визнаються і виконуються. Я буду називати поняття ідеальності, пов'язане з універсальною несуперечливістю, «практичною ідеальністю». Проте мене цікавить дещо інше поняття, а саме «епістемна ідеальність». Під «епістемною ідеальністю» я розумію таке. Передбачається, що ідеальна мораль працюватиме у певному світі вичерпного знання. Тобто передбачається, що моральні агенти мають можливість надійно і об'єктивно знати фактичні умови застосування ідеальних моральних принципів і правил. Епістемна ідеальність фокусує увагу не на повній несуперечливості, а на вичерпному знанні. Досконале знання є звичайним припущенням в економічному моделюванні. Однак якщо в моделях ідеальної конкуренції припущення про вичерпне знання означає, що економічні агенти реально володіють вичерпним знанням, то в ідеальній моралі моральні агенти позиціонуються як такі, що потенційно мають вичерпне знання, навіть якщо вони з певних причин таким знанням не володіють.

Я розумію «міжнародне право» як сукупність норм, встановлених звичаєм або договором, яким притаманні дві характеристики: (1) вони стосуються відносин між національними державами (а не відносин між індивідами, їх групами чи іншими політичними утвореннями); (2) вони не встановлюють обов'язкової юрисдикції, яка достатньо підкріплена спрямованою на це владою. Більшість із того, що ми можемо назвати Вестфальським міжнародним правом, підпадає під це розуміння; наприклад, право війни з його двома основними складовими — *jus ad bellum* і *jus in bello*. Інші сфери міжнародного права, переважно сучасного міжнародного права, відрізняються від наведеного. Так, кримінальне міжнародне право чи право міжнародної торгівлі поступово встановили обов'язкову юрисдикцію для країн, що підписали відповідні договори.

У цій статті я стверджую, що концепція ідеальної моралі не придатна для Вестфальського міжнародного права, тому що ця сукупність міжнародно-правових норм, на відміну від державного чи муніципального права, не має інституційної системи, якій під силу встановити загальну для всіх істину у відповідних контекстах. Оскільки міжнародне право не містить інститутів, спрямованих на з'ясування істини, тобто інститутів, що мають владні повноваження для встановлення фактів і з'ясування істини, ідеальна мораль не поєднується із міжнародним правом. Непоєднуваність ідеальної моралі і Вестфальського міжнародного права означає, що теза моральної легітимності не може застосовуватися до цієї групи норм міжнародного права. Теза моральної легітимності застосовується тільки у тих нормативних системах, які поділяють припущення про епістемну ідеальність, що є складовою ідеальної моралі. І навпаки, ідеальна мораль придатна для розвинених систем національного права, тому що цей тип систем виконує основні епістемні функції. Зокрема, розвинена система національного права включає складні процедури і механізми з'ясування істини.

Сьогодні будь-яка претензія на те, щоб створити концепцію національного права, не має сприйматися в есенціалістському сенсі, тобто як претензія на те,

щоб відкрити його справжню сутність чи природу. Право є соціальною практикою, яка поступово розвивається, набуваючи різних форм і виконуючи різні функції. Сучасна правова система — це змішана система, в якій поєднуються практичні та епістемні підстави. Вона має бути інституціоналізована таким чином, щоб публічні процедури з'ясування істини могли встановити, що *p* є істинним у цілому або стосовно певних випадків, якщо дотримано певних умов. У більшості спірних ситуацій суд має діяти як публічна епістемна влада, оскільки він має авторитетно встановити, що *p* є істинним.

Хартівське «Поняття права» не є прикладом есенціалістського філософського аналізу. Після того, як Г. Харт у передмові до цієї книги заявив, що вона становить «нарис дескриптивної соціології», його дослідження можна розглядати як історію про те, як просунуті аграрні суспільства позбавляються звичаєвих, бездержавних форм права, розвиваючи писані, інституціалізовані правові форми, адміністровані державою, здатною забезпечити внутрішню і зовнішню безпеку в обмін на частку надлишкового продукту, що його нові географічні, технологічні та інституційні умови дозволили цим суспільствам виробити. Г. Харт каже, що національне, внутрішньодержавне право розвинулось зі звичаєвої системи правил, сформованих внаслідок тривалого використання і виконуваних добровільно (так званих «первинних правил»). Ця «примітивна», «нерозвинута» чи «бездержавна» правова система мала серйозні проблеми, які заважали їй виконувати свої соціальні функції: вона важко адаптувалась до нових обставин та застосовувалась стосовно конкретних випадків («статична система»), її правила важко було визначити («неефективна система») і вона не передбачала третьої, нейтральної, сторони, яка б могла вирішувати і залагоджувати конфлікти («невизначена система»). Сучасна, «модерна/розвинута», система у термінології Г. Харта, вирішує усі ці три проблеми за допомогою набору суспільних правил другого порядку (так звані «вторинні правила»), які додають до правової системи політичні інститути, що мають владу змінювати існуючі правила і давати індивідам можливість встановлювати певні правила для регулювання власних взаємовідносин (правила зміни), а також вповноважувати суди на вирішення і залагодження конфліктів (правила суду), і які (вторинні правила) визначають ті норми, що мають правовий характер, і приписують судам їх застосування у відповідних обставинах [8; 9, с. 95–101].

Попри свою пояснювальну силу історія Харта є глибоко неповною. Як і більшість представників аналітичної філософії, за винятком Р. Нозіка (*R. Nozick*) і М. Фуко (*M. Foucault*), Г. Харт не помічає важливої епістемної функції національного права. У другій частині моєї статті я обговорюватиму цю функцію. У наступних частинах я розкрию епістемний аргумент, який дозволяє побачити незастосовність ідеальної моралі у Вестфальському міжнародному праві. Аргумент має комплексний характер, але може бути стисло пояснений таким чином. Оскільки ідеальна мораль накладає жорсткі епістемні вимоги, то примітивна, бездержавна правова система (тобто система, якій бракує інститутів для з'ясування істини) не може віддзеркалювати чи відображати ідеальну мораль. Сьогодні Вестфальське міжнародне право нагадує примітивну, бездержавну систему. Відповідно воно не здатне авторитетно встановлювати об'єктивну істину. Через це Вестфальське міжнародне право не

може віддзеркалювати чи відображати ідеальну мораль. Тому теза моральної легітимності непридатна для використання у Вестфальському міжнародному праві, що, таким чином, дозволяє стверджувати незастосовність ідеальної моралі у цій правовій системі. Якщо ця правова система є виправданою, то її виправдання не випливає з того, що вона відображає чи віддзеркалює ідеальну мораль. Наприклад, виправдання Вестфальського міжнародного права може ґрунтуватися на тих прикладних функціях з обмеження чи стримування завдання шкоди, які воно виконує.

II

Теорія Г. Харта показує декілька важливих напрямів того, як вторинні правила виконують функцію усунення, використовуючи термін Дж. Локка, «незручностей» природного стану, але вона упускає важливий момент, стверджуючи, що правило визнання є головним правилом сучасної/розвиненої правової системи. Корисно порівняти позицію Г. Харта з тим, що Дж. Локк пише у «Другому трактаті про врядування». Дж. Локк доводить, що закон природи, який є різновидом бездержавного, примітивного права, був неспроможним стримати людські упередженість і насильство. У принципі Дж. Локк стверджує, що для того, щоб стримати ці дві тенденції у природі людини (себелюбство, а також дурний характер, упередженість і мстивість), потрібно виключити «будь-який приватний суд кожного члена» таким чином, щоб «суспільство стало третейським суддею, встановлюючи постійні правила, безсторонні й однакові для усіх сторін, і за допомогою людей, які отримали від суспільства повноваження втілювати ці правила у життя, вирішувало усі розбіжності, котрі можуть виникнути між будь-яким членом цього суспільства і стосовно усякого правового питання» [10, с. 174]. Таким чином, для Дж. Локка «ті, хто об'єднані в одне ціле і мають спільний встановлений закон і судову установу, до якої можна звертатися і яка наділена владою вирішувати спори між ними і карати правопорушників, перебувають у громадянському суспільстві» [10, с. 174]. Локківська теорія права як засобу вирішення спорів підкреслює функцію загального, суспільного суду, який замінює приватне правосуддя.

З точки зору Дж. Локка, правила суду і правило визнання не є двома окремими видами вторинних норм, а становлять аспекти єдиного інституційного механізму, який разом дозволяє судам і зобов'язує їх вирішувати спори і карати правопорушників, застосовуючи певні регулятивні вказівки відповідно до їх належних цілей чи критеріїв. Головним недоліком локківського/хартівського підходу є те, що встановлення цього механізму, який розуміється як поєднання первинних і вторинних правил, все одно є недостатнім для подолання незручностей бездержавного права. Навіть коли судді можуть визначити загальні для суспільства правила поведінки, такі правила зазвичай породжують епістемну вимогу, яка має бути задоволена за допомогою загальних для суспільства джерел і процедур. Коли справа доходить до застосування суспільних правил, приватні переконання і судження повинні замінюватися на публічне знання, тобто на твердження, визнані публічними інститутами як істинні, задля виправдання певних владних постанов чи рішень. Якщо б судді були у змозі застосовувати суспільні правила, слідуючи власним приватним переконанням чи судженням

або судженням будь-яких приватних суб'єктів, то незручності закону природи поверталися б в іншому вигляді.

Право є сутнісно моральним у тому сенсі, що, виконуючи свою епістемну функцію, воно допускає створення чи впровадження ідеальної нормативної системи, яка відображає чи віддзеркалює ідеальну мораль. Публічне знання є необхідною умовою функціонування ідеальної нормативної системи, і публічне знання є немислимим за відсутності авторитетних інститутів з'ясування істини. Тому ми маємо визнати, що у будь-якій сучасній/розвиненій правовій системі обов'язково існує низка норм, що вповноважує певні інститути шукати і встановлювати публічну істину у відповідних справах. Епістемні норми, як я пропоную їх називати, є характерною рисою сучасних/розвинутих правових систем. Вони є важливими і навіть більш важливими, ніж правило визнання чи правила суду. Рішення, ухвалене безстороннім судом щодо певного спору із застосуванням визнаного суспільством правила, все ще залишається приватним судом, якщо воно засноване на приватному переконанні більше ніж на суспільному знанні. Епістемні правила — це правила з'ясування істини, оскільки вони передбачають, що за дотримання певних умов «*p*» є публічно істинним з відповідними наслідками.

Хоча процесуальні кодекси зазвичай містять епістемні правила того чи іншого роду, наявність цих правил має логічно припускатися у будь-якій сучасній/розвиненій правовій системі, навіть якщо вони прямо не закріплені. Також корисно відмітити, що епістемні правила не слід плутати із правилами суду. Хоча обидва види правил зазвичай діють у тандемі, сфери їх застосування можуть відрізнятися. Наприклад, правила суду іноді можуть вповноважувати суди апеляційної інстанції вирішувати спори шляхом зміни рішень, ухвалених судами першої інстанції, натомість епістемні правила можуть забороняти цим судам корегувати результати епістемного аналізу, проведеного судами першої інстанції. Так само епістемні правила частіше за все адресовані тим самим суб'єктам — суддям, однак із цього можливі й винятки. Зокрема, епістемні правила можуть уповноважувати певні інститути на з'ясування публічної істини стосовно певного класу злочинів (наприклад, злочинів проти людяності у контексті правосуддя перехідного періоду) без наділення цих інститутів владою для покарання винних. Пошук публічної істини може застосовуватися і для позаюрисдикційних цілей (наприклад, для встановлення права на грошову винагороду, що її сплачує держава).

III

К. Альчуррон (*C. Alchourron*) і Є. Булигін (*E. Bulygin*) у роботі «Нормативні системі» відмічають засадничу роль знання у функції здійснення правосуддя. Вони пишуть: «коли через незнання деяких характеристик певного факту ми не знаємо, чи належить якийсь окремий випадок до певного родового випадку, ми маємо говорити про прогалину у знанні» [11, с. 33; 12, с. 336]. У схожій ситуації вони вказують, що прогалина у знанні має місце коли «...недостатньо інформації про певний пов'язаний зі справою факт» [11, с. 146; 12, с. 426].

Хоча К. Альчуррон і Є. Булигін, поза всяким сумнівом, мають рацію зі своєю концепцією прогалини у знанні, їх аналіз майже повністю зводиться до

визначення самого цього поняття. Як добре відомо, проблема прогалини у знанні не є основною для «Нормативних систем». К. Альчуррон і Є. Булигін визначають «прогалину у знанні» як негативне фактологічне поняття (наприклад, відсутність достатньої інформації). Неважко зрозуміти, чому вони використовують саме термін «прогалина» для позначення відсутності достатньої інформації про нормативно відповідний випадок. Припустимо, що суд при здійсненні правосуддя не має достатньої інформації про те, чи є відповідна характеристика чогось *(F)* істинною для конкретного випадку *(p)*, і отже, без з'ясування істинності *Fp* нормативна система не здатна створити нормативне рішення *(Ox)*. Таким чином, ми маємо прогалину у знанні, чий практичний ефект є тотожним нормативній прогалині, коли нормативна система не передбачає нормативного рішення для такої справи взагалі.

Я переконаний, що аналіз епістемних прогалин в аспекті відсутності достатньої інформації є помилковим, тому що відсутність достатньої інформації не є ані достатньою, ані необхідною умовою прогалини у знанні. Відсутність достатньої інформації — це недостатня умова прогалин у знанні, тому що публічна істина про *p* може бути встановлена, навіть якщо інформації про *p* недостатньо. Це легко пояснити. Як підкреслюють К. Альчуррон і Є. Булигін, нормативні системи можуть бути замкненими завдяки правилам другого порядку, які виключають нормативні прогалини, наприклад, шляхом дозволяння *x* завжди, коли система не передбачає «*O*(не-*x*)». Аналогічним чином можна припустити, що правова система може мати епістемне замикаюче правило, яке встановлює, що *«p»* не є істинним чи навіть є хибним завжди, коли немає достатньої інформації на підтвердження істинності *«p»*. Таким чином, «відсутність достатньої інформації про факти справи» [11, с. 153; 12, с. 432] не породжує прогалину у знанні, якщо система містить необхідне епістемне замикаюче правило, чия функція є аналогічною функції нормативного замикаючого правила щодо нормативних прогалин.

Відсутність достатньої інформації не є також необхідною умовою прогалини у знанні. Поняття прогалини у знанні є нормативним. Відповідно прогалина може мати місце навіть коли знань достатньо. Через те, що суддя є не членом наукового співтовариства, а носієм державної влади, «достатність інформації» не може бути встановлена на його власний, приватний розсуд. Істинне твердження, на якому він будує своє рішення, повинне мати публічний характер. Відповідно публічне судження про те, що інформації про певну ситуацію достатньо, може ґрунтуватися лише на епістемних правилах, які є авторитетними для відповідної правової системи. Епістемні правила встановлюють обсяг і якість інформації, яка вважається достатньою для ствердження публічної істинності «*p*» і згодом для вирішення справи. Утім наявність епістемного правила про те, що хтось уповноважений чи зобов'язаний визначити істинність «*p*», не є обов'язковою ознакою будь-якої нормативної системи. Епістемні правила внутрішньо притаманні саме сучасним правовим системам. Це означає, що навіть якщо існує достатньо інформації про істинність «*p*», епістемна прогалина є можливою, якщо нормативна система не включає відповідних епістемних правил. Так само як нормативні прогалини мають аналізуватися з точки зору їх наслідків для нормативних систем, епістемні прогалини повинні аналізуватися шляхом звернення до епістемних правил.

Епістемні правила у сучасних правових системах встановлюють різновид публічної істини. Цей різновид істини не є «формальною юридичною істиною» чи істиною як звичайною відповідністю емпіричним фактам. Це істина у внутрішньому, дефляційному[1] сенсі. М. Фуко писав у зв'язку з цим: «юридичний дискурс не пристосований (ні у першу, ні в останню чергу) до істинного твердження, яке передує йому чи є зовнішнім щодо нього. Звернення до істини відбувається в юридичному дискурсі відповідно до його власних процедур і норм» [13, с. 82]. Концепція істини М. Фуко узгоджується із сучасними дефляціоністськими концепціями істини. Кожен дискурс побудований на власних критеріях, навіть якщо дисквотативна[2] схема («*p*» є істинним, якщо і тільки якщо є *p*) і може бути застосована до всіх дискурсів. Юридичний дискурс має свої власні правила і процедури. Ці процедури і правила включають, але не обмежуються правилами доказування. Отже, епістемні правила у розвинутих правових системах повинні обов'язково включати індуктивні і доказові принципи, проте має значення також і якість використаної для пошуку фактів процедури. Навіть у справах, в яких достатньо інформації про *p*, це не означає, що *p* буде обов'язково визнано публічно істинним у юридичному дискурсі. Наприклад, епістемні правила можуть забороняти таке визнання, якщо доказ, який містить достатню інформацію, є «плодом отруйного дерева» (тобто був отриманий на підставі незаконних дій)[3]. З огляду на це відсутність прогалини у знанні у сенсі К. Альчуррона і Є. Булигіна не є запорукою істинності *p* для судді, а істинність *p* є тим, що суддя має встановити для з'ясування нормативного рішення шляхом використання modus ponens з гіпотетичного правила «Якщо *p*, то *Ox*».

Індуктивне міркування не долає цих складнощів. Використовуючи індуктивне міркування, суддя може дійти висновку про ймовірність істинності *p*, і можливо ця ймовірність буде близькою до одиниці. Однак дуже висока ймовірність істинності «*p*» не дорівнює істинності «*p*», а саме останнє суддя має з'ясувати для застосування гіпотетичних правил типу «якщо *p*, то *Ox*». Звичайно, ми могли б уявити нормативну систему, яка надає нормативні рішення на підставі ймовірнісних суджень, і в цьому виді систем індуктивне міркування було б достатнім для встановлення фактичних підстав таких рішень. Можна навіть обґрунтовувати, що подібна нормативна система вже існує у таких сферах, як корпоративна відповідальність, коли відповідальність накладається на основі ймовірнісних суджень про спричинення шкоди. Прогалини у знанні у такому випадку з'являлись би, якщо не було б достатньої інформації для того, щоб зро-

[1] Йдеться про дефляційні теорії істинності (М. Дамміт, Ф. Рамсей, А. Тарскі та ін.), які зводяться до того, що твердження про істинність певного висловлювання не свідчить про набуття таким висловлюванням властивості істинності. — *Прим. перекладача.*

[2] Тобто така, що знімає лапки. — *Прим. перекладача.*

[3] Доктрина «плоду отруйного дерева», що поширена передусім у країнах загального права (на неї посилається, наприклад, Верховний суд США), передбачає, що докази, отримані незаконним шляхом, не можуть враховуватися при розгляді справи. Приміром, докази, виявлені на підставі допиту, проведеного з порушенням встановленої процедури, виключаються із судового розгляду, тому що є «плодами отруйного дерева», яким є незаконний допит. — *Прим. перекладача.*

бити індуктивний висновок. У будь-якому випадку епістемні правила все одно необхідні для встановлення того, за яких умов суд має визнати певне ймовірнісне судження публічно істинним. Пізнавальні правила дають підстави для упевненості в істинності як ймовірних, так і необхідних суджень.

IV

У главі 5 «Анархії, держави і утопії» Р. Нозік висловлює яскраву думку: держава (якщо бути точним, «домінуюча захисна асоціація», тобто утворення, яке має стати державою) повинна вважати свої судові процедури надійними і чесними [14, с. 108; 15, с. 144]. Хоча філософи права зазвичай не помічають це твердження, я певен, що воно має посісти визначальне місце у теоретичній юриспруденції. Оскільки Р. Нозік припускає, що легітимна держава має лише забезпечувати природні права і карати порушників цих прав, стає очевидним, що процедури, спрямовані на виконання цієї функції, мають забезпечувати пошук відповідних фактів і з'ясування істини (що є більш важливим, ніж нормотворчі й інтерпретаційні процедури).

Р. Нозік вважає, що винна особа не має права опиратися покаранню, навіть якщо воно застосоване до неї у ненадійній процедурі. Це означає, що процесуальні права не є основними «пасивними» правами. Однак «активні» процесуальні права, такі як права на судову процедуру, належать будь-якій жертві порушення прав. Держава має ці права тільки в силу делегування їх їй індивідами. Після цього, на думку Р. Нозіка, процесуальні права мають епістемний вимір, який «вбудовує знання у різні компоненти» [14, с. 101; 15, с. 136] принципів покладення покарання на правопорушників. Оскільки покарання порушує права засудженого, нам потрібен «епістемний принцип перетину кордону», який може виправдати згадане порушення: «Якщо дія *A* порушила б права *Q*, якщо не дотримано умову *C*, тоді той, хто не знає, чи дотримано *C*, не має права здійснити дію *A*» [14, с. 106; 15, с. 142]. Р. Нозік дуже чітко вказує, що ніхто з правозастосувачів (йдеться про природні права) не має права покарати *Q*, якщо він не знає, що *Q* винен, або, інакше кажучи, правозастосувач здійснює свою процесуальну владу неправильно, якщо він карає когось без достовірної і надійної інформації. Р. Нозік відмічає, що «ніхто не має права використовувати порівняно ненадійну процедуру, щоб вирішити питання про те, чи карати іншу людину» [14, с. 106; 15, с. 142].

Для Р. Нозіка мінімальна держава виступає як допустима примусова інституція на ринку захисних агентств, тому що домінуюча захисна асоціація має *de facto* монополію на надійне і чесне забезпечення прав. Одним із центральних кроків у нозіківській аргументації на підтримку мінімальної держави і проти філософського анархізму є те, що держава слідує і публічно змушує слідувати надійним і чесним процедурам пошуку фактів і з'ясування істини, чого жодна інша інституція не здатна забезпечити. Оскільки ненадійні і нечесні правозастосовні процедури породжують соціальну незахищеність, яка, у свою чергу, призводить до поширення страху як серед винних у порушенні прав, так і серед невинних, держава може заборонити використання таких процедур, надавши потенційним користувачам ризикованих процедур у вигляді компенсації захисні послуги за ціною, яка еквівалентна різниці між конкурентною ціною цих

послуг і витратами, що їх нестимуть загадані користувачі, якщо б вони продовжували вдаватися до самообслуговування у сфері правозастосовних процедур [14, с. 108–118; 15, с. 144–155].

Сучасна/розвинена правова система є змішаною системою, яка ґрунтується на практичних і когнітивних підставах. Вона має бути інституціоналізована таким чином, щоб епістемні правила уповноважували суддю встановлювати, що *p* є істинним, якщо відповідні докази є процесуально допустимими. За відсутності епістемних правил суддя може лише встановити, що *p* є доведеним, і це твердження означає *p*, яке є умовою, що міститься у багатьох гіпотетичних нормах[1]. У більшості спорів суддя діє як носій публічної епістемної влади, оскільки він повинен авторитетно заявити, що «*p*» є істинним.

V

Дослідження Р. Нозіком епістемних функцій держави доповнюється розвідками з історії права. Як і Р. Нозік, М. Фуко стверджує, що процедури з'ясування істини становлять вагому складову правової системи сучасної держави. Однак пояснення цього з боку Р. Нозіка і М. Фуко є різними. Р. Нозік доводить, що надійне і чесне правозастосування вимагає публічних судових процедур, які розглядаються як *de facto* монополія держави або схожого на неї охоронного агентства. Він вбачає у системі публічного, монополістичного правосуддя інститут, який зменшує чи дозволяє уникнути ризиків, що випливають із приватних, децентралізованих механізмів забезпечення прав. Для М. Фуко ж, навпаки, раціональні форми розслідування і публічного з'ясування істини були способом для сучасної держави оволодіти судовими процедурами з метою накопичення багатств і контролювання економічної влади.

У різних роботах М. Фуко твердить, що сучасне право асоціюється з впровадженням нових процедур з'ясування істини. Він показує, що зародження сучасного права в античній Греції і його відродження у Середні віки пов'язане з трансформацією архаїчних форм судового процесу у нові інквізиційні форми, які наділяють суддю владою і обов'язком здійснювати правосуддя, виходячи з обставин справи. М. Фуко доводить, що написи, знайдені у Гортині[2], демонструють різницю між архаїчною формою суду, *dikazein*, і запровадженням нової форми, *krinein*. У *dikazein* істина встановлювалася шляхом складання присяги свідками, які не заявляли про те, що бачили, а скоріше підтримували відповіда-

[1] Я маю на увазі «*p*», а не твердження, що «*p* є доведеним». Свідчення свідків і їх відношення до допустимих доказів є предметом дослідження у: [16, с. 27–38]. Я погоджуюсь з Р. Карачолло, що фактичним засновком судового міркування має бути «*p*», якщо гіпотетичною нормативним засновком є «Якщо *p*, то *Ox*». У іншому випадку *modus ponens* не спрацює (див.: [17, с. 28–29]). У конституційних режимах, де процесуальне право є загальнодержавним чи регіональним, а матеріальне право віднесено до федеральної компетенції, матеріально-правові норми мають уникати підтверджуючих свідчень.

[2] Йдеться про Великий звід законів Гортині – збірник писаних норм права, які діяли у давньогрецькому місті Гортина, що вважається найстарішим законодавчим актом Європи. Правові приписи було зафіксовано на одній із міських стін. — *Прим. перекладача.*

ча або позивача. Їх функція не полягала в тому, щоб встановити істину на безсторонній основі. Суддя, у свою чергу, був вимушений ухвалювати вирок механічно, як результат дотримання певних процедур. У *krinein* суддя, навпаки, мав чинити правосуддя, оголосивши про свою присягу істині у справі. Замість механічного рішення тут ухвалювався новий вид вироку, який нагадував сучасне, засноване на внутрішньому переконанні судді, правосуддя, що наражав суддю на ризик відплати з боку богів. Запровадження суддівської присяги змінило природу юрисдикційного акта, який з цього моменту почав розглядатися як рішення безстороннього арбітра, що бачив своє завдання у з'ясуванні істини, а не простому відтворенні заяв свідків. Ця трансформація юридичного процесу також змінила природу самого вироку суду, який більше не фіксував перемогу однієї зі сторін у спорі, він давав їй цю перемогу [13, с. 84–90].

Так само М. Фуко стверджує, що зародження у пізньому Середньовіччі державного права було позначено встановленням процедур пошуку істини у кримінальному судочинстві [18]. Він відштовхується у даному випадку від примітивної германської системи релігійних «доказів», чия роль не полягала у відкритті істини. Це була свого роду двостороння процедура між обвинувачем і обвинуваченим, що не передбачала третьої безсторонньої сторони, яка могла б вирішити конфлікт і віднайти істину. Чимало з «доказів», сприйнятих цією системою, відображали соціальну впливовість чи владу кожної зі сторін як критерій їх успіху у процесі; інші «докази» були вербальними іграми, інші — процедурами типу ордалій, що мали характер нанесення тілесних пошкоджень чи фізичних змагань. Ця примітивна система починає відмирати наприкінці XII ст., коли виникає нова інквізиційна система, так званий *processus per inquisitionem*. Ця система була запроваджена серією декреталій, виданих у 1198, 1199, 1206 і 1212 рр., але поворотним моментом став 1215 р. Тоді відбувся Четвертий Латеранський Собор, який заборонив участь священників в одиночних ордаліях, чим поклав край багатовіковій практиці звернення до *judicium Dei* (Суду Божого) як способу вирішення юридичних суперечок. 18 канон законодавства Інокентія III встановив, що клірики не можуть брати участь у справах, пов'язаних із судовими клятвами і ордаліями. Канонічні кола критикували звинувачувальну систему судівництва з водою, вогнем і очищувальною клятвою, через те, що вона все більше вважалася невідповідною теології того часу і тому, що вона підривала її дисциплінарну владу над сексуальними проступками духівництва [19, с. 473–513].

Процесуальні реформи XIII ст. призвели до появи юрисдикції *ex officio* у кримінальних справах і раціональних процедур із встановлення фактів і з'ясування істини, що відбувалося разом зі зміцненням національної держави. Але, вказує м. Фуко, цей процес не був мотивований на пошук справедливості і епістемної надійності. Він пише, що середньовічні монархи запозичили у церкви процедуру *inquisitio* з метою контролю за юридичним обігом багатств. Разом із монополією на зброю і військову силу контроль над судівництвом із боку державних посадовців і перетворення примітивної «приватної» системи доказів на «публічну» систему був засобом спрямовування обігу товарів і багатств на користь монархії. Це був один зі шляхів розбудови державної влади [18, с. 65–92].

IV

За словами Г. Харта, у нерозвинутих правових системах немає вторинних правил визнання, зміни і суду. Однак Г. Харт не зміг зрозуміти, що нерозвинутим правовим системам бракує також епістемних правил і процедур, спрямованих на пошук фактів і з'ясування істини, здатних надавати фактичне знання, необхідне для застосування багатьох принципів і норм ідеальної моралі. Оскільки нерозвинуті правові системи не мають епістемних процедур, вони страждають на незнищенну епістемну незавершеність. Отже, правила, які вміщує така система, обов'язково мають бути неідеальними. Це тому що правила, створені для функціонування в умовах нерозвинутої правової системи, обов'язково мають передбачати власну внутрішню епістемну неповноту, вони повинні бути неідеальними правилами і, як наслідок, не здатні відображати чи віддзеркалювати ідеальну мораль. Сьогодні прогалини у знанні не є логічно необхідними, вони становлять відносно рідкісний феномен нерозвинутих правових систем. Проте в ситуації відсутності замикаючого епістемного правила прогалини у знанні є необхідною рисою цих систем. У той час як розвинуті правові системи у принципі можуть відповідати епістемним вимогам кодексу ідеальної моралі, нерозвинуті правові системи приречені поєднуватися тільки із недосконалими, неідеальними формами моралі.

Наведена вище епістемна аргументація показує, що розвинуті правові системи можуть прагнути до відображення чи віддзеркалення ідеальної моралі, тому що вони включають епістемні правила і юридичні процедури, які разом складають передумову застосовуваності ідеальної моралі. За відсутності надійних інститутів з'ясування істини право може лише відображати чи віддзеркалювати неідеальні (тобто «другі найкращі»[1]) моральні системи.

У «Понятті права» Г. Харт стверджує, що міжнародне право є різновидом нерозвинутої правової системи. Він пише, що «дійсно, існують аргументи, і ми це покажемо, на користь того, що міжнародне право не має не лише вторинних правил зміни і суду, які необхідні для здійснення законодавчої влади і судів, а й уніфікуючого правила визнання, яке специфікує «джерела» права і дає загальні критерії для ідентифікації його правил» [8, с. 214; 9, с. 214]. Далі він продовжує, кажучи, що «формально міжнародне право схоже на [такий] режим первинних правил, навіть якщо зміст його часто витончених правил дуже відрізняється від правил первісного суспільства...» [8, с. 227; 9, с. 226]. Здається очевидним, що Г. Харт має на увазі те, що я назвав Вестфальським міжнародним правом.

Як і примітивне внутрішнє право, Вестфальське міжнародне право може бути в основному охарактеризоване з огляду на його епістемну незавершеність. Оскільки немає нейтральної третьої сторони, наділеної повноваженнями встановлювати факти і з'ясовувати істину, гіпотетичні правила можуть лише пов'язувати обов'язки, права і відповідальність із беззаперечними фактами, тобто фактами, які можуть бути публічно з'ясовані без звернення до емпіричних досліджень чи доказувань (наприклад, бомбування шпиталю є беззаперечним

[1] *Орасіо Спектор вживає вираз* «second best», який означає вибір варіанта поведінки чи розвитку подій, коли найкращий варіант через певні обставини є недосяжним (див. теорію «другого найкращого» в економічній науці). — *Прим. перекладача.*

фактом). Нерозвинуті нормативні системи, такі як примітивне внутрішнє право і Вестфальське міжнародне право, повинні обійтися без правил, чиє застосування чи захист накладає епістемні вимоги, які система не має можливості задовольнити. За відсутності інститутів, здатних якимось чином надати публічне фактичне знання, нерозвинуті нормативні системи вимушені звертатися до простих і беззаперечних підстав нормозастосування. У свою чергу, багато з правил ідеальної нормативної системи стають більш витонченими і складними, тобто більш проблемними з точки зору епістемних умов. Якщо певні правила ідеальної нормативної системи стають проблемними в епістемному сенсі, то системи, які починають відчувати епістемну неповноцінність, ймовірно, перетворюватимуться на неідеальні. Це причина, з якої Вестфальське міжнародне право позбавлене ідеальної моралі.

Ми можемо проілюструвати епістемну функцію права, протиставляючи моральну теорію справедливої війни і право війни розвинутим правовим системам. Право війни, що є складовою Вестфальського міжнародного права, включає *jus ad bellum* і *jus in bello*. Якщо *jus ad bellum* передбачає, за яких умов допустимо почати війну, то *jus in bello* встановлює типи дозволеної і недозволеної поведінки під час війни. Дж. Макмаген (J. McMahan) доводить, що хоча мораль *jus in bello* зрівнює усіх комбатантів, моральна теорія справедливої війни має бути переглянута в аспекті розрізнення справедливих і несправедливих комбатантів, прирівнюючи перших до невинних цивільних. «Це означає, що коли несправедливі комбатанти атакують справедливих, вони порушують моральні права останніх не бути неправомірно атакованими і тим самим діють у недозволений спосіб. Тим не менше вони діють у межах своїх законних прав» [20, с. 107].

Дж. Макмаген підтримує тезу моральної легітимності стосовно міжнародного права. Отже, він стверджує, що ідеальна теорія справедливої війни має служити стандартом для оцінки і, якщо потрібно, корегування міжнародного права. Він говорить у цьому зв'язку: «Вкрай важливо працювати над тим, щоб привести право війни у більш повну відповідність до моралі війни, як ми показали, шляхом приведення кримінального права у відповідність із мораллю міжособистісних стосунків усередині суспільства» [20, с. 107]. Однак Дж. Макмаген вважає, що на практиці у випадку права війни довід моральної легітимності було відкинуто. Це відкидання звело нанівець тезу моральної легітимності. У той час як ідеальна моральна теорія повинна спрямовувати правоутворення, у даному випадку позитивне право визначило напрямки ідеального морального теоретизування. Відповідно Дж. Макмаген доводить, що сучасна моральна теорія справедливої війни зазнала невиправданого впливу з боку права війни, яка проголошує усіх комбатантів морально рівними і, як наслідок, визнає всіх комбатантів легітимними цілями на відміну від цивільних, які є цілями нелегітимними. Він дуже чітко вказує, що «право війни не може бути узгоджене із мораллю» [20, с. 106]. Замість цього теорія справедливої війни має бути сформульована незалежно від права війни: «Право війни не утверджує *моральної* рівності комбатантів, але утверджує їх рівність *юридичну*. З огляду на це воно робить правовий статус комбатантів повністю незалежним від того, в якій війні вони беруть участь — справедливій чи несправедливій. Юридичні права, відповідальність та

імунітети комбатантів не обумовлюються *ad bellum* статусом війни, в якій вони беруть участь» [20, с. 105].

Проект Дж. Макмагена відображає його бажання повернути теорію справедливої війни до природно-правової традиції: «Моральна теорія справедливої війни передувала будь-якому серйозному регулюванню війни. Коли правники почали розвивати дослідження «права націй», то рамки, в межах яких вони сформулювали свої теорії і пропозиції, були визначені домінуючим природним праворозумінням, що можна побачити в класичних роботах з теорії справедливої війни» [20, с. 106]. Я сприймаю занепокоєність Макмагена з цього приводу як невдоволення через те, що замість орієнтації на захист моральних прав, теорія справедливої війни захаращена «другими найкращими» цілями, що є більш прийнятними у міжнародному праві: «За останні щонайменше шістдесят років право війни мало дві принципові цілі: запобігання війнам та обмеження і стримування насильства, а також його припинення, коли воно має місце... На відміну від внутрішньодержавного кримінального права право війни створювалося не задля захисту моральних прав, а для запобігання шкідливим наслідкам» [20, с. 107].

Дж. Макмаген переформулює поняття легітимних цілей у теорії справедливої війни, пропонуючи звільнити справедливих комбатантів від відповідальності під час атаки на них з боку несправедливих комбатантів. Однак він розуміє, що його пропозиція не може бути легко сприйнята як у правовій площині, так і у моральній теорії: «Чинне право *jus ad bellum* є застарілим і спрощеним, нам бракує глибокого розуміння моралі починання війни, яка могла б спрямувати нас у реформуванні права *ad bellum*. І що більш важливо, навіть якщо ми б змогли сформулювати кращий блок правових норм *ad bellum*, нам все одно бракуватиме авторитетної юридичної інституції, яка визначатиме *ad bellum* статус війни, коли вона ще триває. Через це ми не даємо і не здатні дати комбатантам авторитетного керівного пояснення з приводу того, чи є війна, в якій вони беруть участь, справедливою або несправедливою, законною або незаконною» [20, с. 108].

Відсутність авторитетної юридичної установи у Вестфальському міжнародному праві пояснює, чому ця система права приречена не досягати відповідності з ідеальним кодексом війни. Дж. Макмаген вказує, що «право війни заперечує можливість діяти таким чином стосовно справедливих комбатантів і одночасно сьогодні визнає подібне право. Як я зазначав, усе що в сучасних умовах дозволено справедливим комбатантам, так само можуть робити і несправедливі» [20, с. 109]. З цієї причини Дж. Макмаген завбачливо утримується від наполягання на автоматичному втіленні ідеальних моральних принципів у юридичних нормах. Навпаки, він каже, що юридичні норми у сучасних обставинах не можуть відображати ідеальні моральні правила, оскільки немає способу авторитетно оцінити твердження про «справедливу причину»: «Наразі, іншими словами, коли всі, хто воює, заявляють про свою належність до справедливих комбатантів і більшість щиро вірить у це і коли їхня переконаність не може бути авторитетно оспорена, ми маємо відмовити їм у всіх можливих діях, які за певних обставин можуть дозволятися тільки справедливим комбатантам чи навіть морально вимагатися від них» [20, с. 109].

Результатом розвідки Дж. Макмагена є те, що зміна розуміння різниці між легітимними і нелегітимними цілями (несправедливі комбатанти, з одного боку, і цивільні та справедливі комбатанти — з другого) можна відстоювати у моральній теорії, однак це не матиме підстав у міжнародному праві доки ця система не впровадить інститути пошуку фактів і з'ясування істини. А. Кан'ї (*A. Kanji*) доводить, що на шляху пропонованого Дж. Макмагеном усунення розриву між *jus ad bellum* і *jus in bello* стоїть епістемна проблема: «Можливо найбільш важливим запереченням проти сформульованого Макмагеном розрізнення є епістемна проблема — відсутність усезнаючого нейтрального арбітра щодо «справедливої причини», з'ясування того, яка зі сторін війни (якщо будь-яка) може вказувати на справедливість причини участі у війні, містить ризик невизначеності і необ'єктивності. Цей висновок є особливо актуальним для війни між державами з тривалою історією взаємної напруженості, невдоволення і військових дій. У більшості війн учасники з обох сторін можуть вірити у те, що вони воюють за справедливу справу»[1].

Право війни є різновидом нерозвиненої правової системи, оскільки йому бракує інститутів для пошуку фактів і з'ясування істини. Тому немає жодної інституційної можливості заповнити його потенційні прогалини у знанні. За відсутності можливості встановити відповідні положення у публічний і об'єктивний спосіб, право війни має задовольнятися спрощеними, беззаперечними правилами. Результатом є побудова різновиду неідеальної чи «другої кращої» нормативної системи. Дж. Макмаген вимагає, щоб міжнародне право віддзеркалювало або відображало ідеальну міжнародну мораль. Але оскільки ідеальна міжнародна мораль припускає існування і ефективне функціонування епістемних інститутів, міжнародне право інституційно нездатне на відображення чи віддзеркалення міжнародної моралі. На відміну від ідеальної міжнародної моралі, яка може встановлювати правила для світів, де досконале знання є легкодоступним, міжнародне право у зв'язку з епістемною проблемою приречене на неідеальні правила. Зокрема, правила війни повинні бути неідеальними через відсутність інституту встановлення фактів і з'ясування істини, що можуть визначити, яка сторона (якщо якась) веде війну зі справедливої причини. В умовах, коли інститути з'ясування істини недоступні, неідеальні правила (і моральні, і правові) розумно не враховують різницю між справедливими і несправедливими комбатантами і морально зрівнюють усіх комбатантів.

VII

Ідеальне моральне теоретизування передбачає наявність знання, яке зазвичай відсутнє у примітивних, нерозвинених правових системах. Як результат, правила ідеальної моралі, які є здобутком такого теоретизування, часто далекі від звичайної або соціальної моралі. Неідеальне моральне теоретизування (наприклад, теоретизування за принципом «другого кращого») має бути оче-

[1] Цитована робота, яка поки що не надрукована, є переглянутою версією монографії міс Кан'ї під назвою «Необхідність симетрії: відповідь Джеффу Макмагену», створеною за наслідками мого курсу «Етика, ціннісний плюралізм і правосуддя перехідного періоду», що проводився у 2011 р. на факультеті права Університету Торонто.

видним вибором у ситуації, коли знання недоступне. Право війни є різновидом нерозвинутої нормативної системи. Ідеальні моральні правила перевищують інституційні можливості Вестфальського міжнародного права. Його сенс і мета має практичний характер: скоротити і контролювати вбивчу сутичку. Цей сенс може бути досягнутий за допомогою чітких і однозначних правил, які виключають звернення до спірних фактів. Через те, що ідеальна мораль зазвичай містить більш складні і витончені правила, зокрема, правила, чиє використання має відповідати епістемним вимогам, які можуть бути дотримані тільки за допомогою інститутів встановлення фактів і застосування істини, вона (ідеальна мораль) здебільшого незастосовувана у реальному міжнародному праві. Незастосовуваність ідеальної моралі у Вестфальському міжнародному праві випливає з того факту, що ідеальне моральне теоретизування припускає, свідомо чи несвідомо, існування інституційних передумов, які не будуть досягнуті у міжнародному розвитку найближчим часом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Raz J.* Practical Reason and Norms / J. Raz. — 2nd ed. — Princeton, 1990.
2. *Bayón Mohino J. C.* La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción / J. C. Bayón Mohino. — Madrid, 1991.
3. *Redondo C.* La noción de razón para la acción en el análisis jurídico / C. Redondo. Madrid, 1996.
4. *Raz J.* The Morality of Freedom / J. Raz. — Oxford, 1986.
5. *Раз Дж.* Моральні засади свободи / Дж. Раз ; пер. з англ. В. Василюка і О. Тереха. — К., 2001. — 431 с.
6. *Rawls J.* A Theory of Justice / J. Rawls. — Rev. edition. — Cambridge (Mass.), 1999.
7. *Ролз Дж.* Теорія справедливості / Дж. Ролз ; пер. з англ. О. Мокровольського. — К., 2001. — 822 с.
8. *Hart H.* The Concept of Law / H. Hart. — 2nd ed. — Oxford, 1994.
9. *Харт Г. Л. А.* Понятие права / Г. Л. Харт ; пер. с англ., под общ. ред. Е. В. Афанасьева и С. В. Моисеева. — СПб., 2007. — 302 с.
10. *Локк Дж.* Два трактати про врядування / Дж. Локк ; пер. з англ. О. Терех, Р. Димерець. — К., 2001. — 265 с.
11. *Alchourrón C. E.* Normative Systems / C. E. Alchourrón, E. Bulygin. — Wien, 1971.
12. *Альчуррон К. Э.* Нормативные системы / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3. — СПб., 2011. — С. 309–472.
13. *Foucault M.* Leçons sur la Volonté de Savoir / M. Foucault. — Paris, 2011.
14. *Nozick R.* Anarchy, State, and Utopia / R. Nozick. — New York, 1974.
15. *Нозик Р.* Анархия, утопия и государство / Р. Нозик ; пер. с англ. Б. Пинскера. — М., 2008. — 424 с.
16. *Ferrer Beltrán J.* Prueba y verdad en el derecho / J. Ferrer Beltrán. — Madrid, 2005.
17. *Caracciolo R.* (2013). El problema de los hechos en la justificación de sentencias / R. Caracciolo // Isonomía. — 2013. — № 38. — P. 13–34.
18. *Foucault M.* La verdad y las formas jurídicas / M. Foucault. — Buenos Aires, 2007.
19. *McAuley F.* Canon Law and the End of the Ordeal / F. McAuley // Oxford Journal of Legal Studiesю — 2006. — Vol. 26, № 3. — P. 473–513.
20. *McMahan J.* Killing in War / J. McMahan. — Oxford, 2009.

Спектор О. Незастосовність ідеальної моралі у міжнародному праві

Анотація. Автор виходить із того, що сутність права виводиться з вимог ідеальної моралі або ж підпорядковується ним. Це означає, що якщо право є морально виправданим, то його виправдання випливає з того факту, що право відображає чи віддзеркалює вимоги ідеальної моралі. Автор розмежовує практичну ідеальність і епістемну ідеальність. У той час як практична ідеальність фокусується на загальності і несуперечливості вимог ідеальної моралі, епістемна ідеальність звертається до досконалого знання про інформацію, потрібну для виконання чи застосування правил.

Право здатне відображати чи віддзеркалювати ідеальні моральні принципи, тільки якщо воно може сприйняти епістемні вимоги теорії ідеальної моралі. Для того щоб здійснювати епістемну функцію, право повинно передбачати існування надійних інститутів із з'ясування істини. У більшості правових систем суди є інститутами, які і з'ясовують істину, і вирішують конфлікти.

Традиційним елементам міжнародного права бракує інституційної системи, наділеної повноваженнями з пошуку фактів і з'ясування істини. Як наслідок, застосування міжнародно-правових норм мають ґрунтуватися на беззаперечних підставах, оскільки ці норми мають бути схвалені самими державами без можливого епістемного арбітражу з боку нейтральної сторони. Аналізуючи дослідження і висновки Дж. Макмагена у сфері права війни, автор доводить, що за відсутності інститутів з'ясування істини, яких немає у сучасному Вестфальському міжнародному праві, принципи ідеальної моралі не можуть бути використані у міжнародному праві, якщо застосування міжнародно-правових норм потребує встановлення спірних фактів.

Ключові слова: юридичний позитивізм, природне право, міжнародне право, ідеальна теорія, неідеальна теорія.

Спектор О. Неприменимость идеальной морали в международном праве

Аннотация. Автор исходит из того, что сущность права выводится из требований идеальной морали или должна быть им подчинена. Это означает, что если право является морально оправданным, то его оправдание вытекает из того факта, что право отображает или отражает требования идеальной морали. Автор разграничивает практическую идеальность и эпистемную идеальность. Практическая идеальность сфокусирована на общности и непротиворечивости требований идеальной морали. Эпистемная идеальность обращается к совершенному знанию, необходимому для исполнения и применения правил.

Право способно отображать или отражать идеальные моральные принципы, только если оно может воспринять эпистемные требования теории идеальной морали. Для того, чтобы осуществлять эпистемную функцию, право должно предусматривать существование надежных институтов установления истины. В большинстве правовых систем суды представляют собой институты, которые и устанавливают истину, и разрешают конфликты.

Традиционным элементам международного права не хватает институциональной системы, наделенной полномочиями в сфере поиска фактов и установления истины. Как следствие, применение международно-правовых норм должно основываться на безоговорочных фактических основаниях, так как эти нормы должны быть одобрены самими государствами без возможности эпистемного арбитража со стороны нейтрального субъекта. Анализируя исследование и выводы Дж. Макмагена в сфере права войны, автор доказывает, что в отсутствие институтов установления истины принципы идеальной морали не могут использоваться в международном праве, если применение международно-правовых норм требует установления спорных фактов.

Ключевые слова: юридический позитивизм, естественное право, международное право, идеальная теория, неидеальная теория.

Spector O. Irrelevance of Ideal Morality in International Law

Summary. The most intuitive conception of law regards it as derivative from or subordinate to ideal morality. It holds that if law is morally justified, then its justification necessarily derives from the fact that it reflects or mirrors ideal morality. I distinguish between practical idealness and epistemic idealness. Whereas practical idealness focuses on publicity and perfect compliance, epistemic idealness refers to (possible) perfect knowledge of information that is necessary to follow and apply rules.

Now, law is capable of reflecting or mirroring ideal moral principles only if it can meet the epistemic demands of ideal moral theory. In fact, compliance with ideal moral principles presupposes factual knowledge that often is not easily available. In order to perform this epistemic function, law must include the functioning of reliable truth-searching institutions. In most legal systems, courts are both truth-searching and conflict-settling institutions.

Traditional areas of international law lack an institutional system endowed with fact-finding and truth-ascertaining powers. Therefore, international legal rules must refer to incontestable conditions of application because such rules must be self-applied by states without the possible epistemic arbitration of a neutral party. Consider jus in bello, that is, the system of legal rules that regulate permissible behavior in war. Jeff McMahan has argued that the theory of just war should differentiate between just and unjust combatants in terms of their fulfillment of jus ad bellum requirements, equating just combatants with civilians. But he also observes that this ideal moral view cannot be translated into jus in bello in the present circumstances because there are no judicial bodies that can assess and establish the jus ad bellum status of belligerent parties. This means that, in the absence of truth-ascertaining institutions, ideal moral principles are irrelevant for international law whenever they contemplate contestable conditions of application.

Key words: legal positivism, natural law, international law, ideal theory, nonideal theory.