

**Коваленко Ганна Вікторівна**, кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, м. Харків, Україна  
e-mail: [kovalenkoa757@gmail.com](mailto:kovalenkoa757@gmail.com)  
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-002-4029-3413>

## ВПЛИВ ПРАВОВОГО ПОЗИТИВІЗМУ НА ФОРМУВАННЯ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИХ ІДЕЙ У ПРИЙНЯТТІ РІШЕНЬ ВЕРХОВНИМ СУДОМ США

*Розглянуто погляди та ідеї мислителів і діячів, що представляють позитивістський напрям, ідеї яких мали найбільш великий вплив на американську та світову філософсько-правову думку та формування філософсько-правових поглядів суддів Верховного Суду США. Показана взаємодія між напрямом юридичного позитивізму та формуванням суддівської філософії. Виділена роль та значення правового позитивізму для розвитку філософії правосуддя, яка має знаходитися у постійному контакті з актуальними подіями і проблемами, завдяки чому відбувалося б забезпечення її провідної ролі в розвитку правової системи України, процесів розбудови правової держави через розвиток державотворчих процесів, що є актуальним для сучасної України.*

**Ключові слова:** правовий позитивізм, юридичний формалізм, юридичний оригіналізм, філософія правосуддя, Верховний Суд США.

**Постановка проблеми.** Процес побудови сучасної демократичної держави неможливий без урахування західних філософсько-правових концепцій та досвіду держав, які мають певні напрацювання і досягнення у сферах життя й діяльності. Для сучасної держави, досвід як практичний, так і теоретичний, має велике значення саме з точки зору подолання зачатків недавнього радянського минулого і крайнощів швидкої і радикальної перебудови суспільних відносин із їх мало прогнозованими політичними процесами, які надзвичайно сильно впливають на інші сфери життя і процеси формування держави в цілому.

Назріла корінна реформа судової влади, концептуальні засади якої визначаються метою побудови правової держави і яка б охоплювала як інституціональні аспекти забезпечення незалежності судів і суддів, включаючи механізм формування суддівського корпусу, так і аспекти, пов'язані з підвищенням їх моральної і правової культури, особливо в аспекті розуміння смислу й меж

цієї незалежності, яка є незалежністю від інших гілок влади, а не від права [1, с. 84].

Розвиток такого напрямку філософії права, як філософія правосуддя, елементом якої є суддівська філософія, значною мірою має сприяти посиленню методологічного потенціалу діяльності судової влади, включаючи доктринальну розробку принципу справедливості, який лежить в основі вирішення будь-якого спору і втілюється в чіткому дотриманні суддею судових процедур, а також в об'єктивності й дотриманні настанов природного права і суспільної моралі. Саме світоглядно-методологічна незалежність як професійне розуміння принципів правової держави в цілому і правосуддя зокрема, а також вміння їх реалізувати у своїй діяльності є важливою запорукою інституційної незалежності судової влади [1, с. 84]. У період становлення державності і для виправлення помилок, які вже сталися, є нагальною потреба розуміння такої теоретичної спадщини та практичного досвіду.

Саме висвітлення ідейного підґрунтя діяльності Верховного Суду США при винесенні рішення, обґрунтуванні рішення або висвітленні особливої думки по справі є необхідним з точки зору формування філософії судді і втілення її у рішеннях. Одним із таких філософсько-правових підґрунть є напрям правового позитивізму, що вплинув на прийняття рішень судьями і став частиною суддівської філософії. Висвітлення цього питання надасть сучасній філософії права можливості знаходитися в постійному контакті з актуальними подіями і проблемами, завдяки чому буде забезпечуватися її провідна роль у розвитку правової системи України.

**Результати аналізу наукових джерел і публікацій** свідчать, що дані умови вимагають ретельного і глибокого дослідження впливу правового позитивізму на формування філософсько-правових ідей у прийнятті рішень Верховним Судом США. У нашій країні вивченню та подоланню цих проблем з урахуванням світового теоретичного досвіду та західних правових концепцій була присвячена низка робіт теоретико-правового, філософсько-політичного, філософсько-правового спрямування, що зокрема, знаходить своє відображення в працях Ю. П. Битяка, О. Г. Данильяна, О. П. Дзьобаня, В. П. Колісника, О. М. Литвинова, С. І. Максимова, С. П. Погребняка, В. В. Речицького, В. Д. Титова, О. О. Уварової, у тому числі правосуддю як об'єкту філософсько-правового дослідження В. С. Бігуна, Н. І. Гаврилова, Н. А. Гураленко, С. В. Прилуцького, С. П. Рабіновича та ін.

Вивчення західних філософсько-правових концепцій під кутом зору впливу філософсько-правового напрямку правового позитивізму на діяльність Верховного Суду США передбачає дослідження теоретичного контексту сучасного напрямку правового позитивізму. З цієї точки зору філософське обґрунтування правового позитивізму стало предметом аналізу (розгляду) вче-

них за кордоном, зокрема: Л. Гріна, Р. Дворкіна, Х. Келзена, Ф. Коена, Дж. Раза, А. Скаліа, с. Фелдмена, Х. Л. А. Харта, Ф. Шауера та ін.

Результати досліджень даних проблем дають можливість зазначити, що в цілому системне наукове осмислення проблеми встановлення впливу філософсько-правового напрямку правового позитивізму на діяльність Верховного Суду США, що відтворюється під час судового розгляду справи, знаходяться лише на початковому етапі.

Тому **метою** даної статті є через висвітлення теоретичного контексту сучасного філософсько-правового напрямку юридичного позитивізму показати його вплив на діяльність Верховного Суду США.

**Виклад основного матеріалу.** Останнім часом до діяльності Верховного Суду США прикута велика увага та інтерес не лише з боку науковців у США, але й далеко поза їх межами. Якщо розділити діяльність Верховного Суду США на два виміри, то, з одного боку, можна побачити ознаки того, що сам Верховний Суд США як найавторитетніший та незалежний суддівський орган поступово стає генератором, продукує філософсько-правові ідеї. Кожен суддя Верховного Суду США, маючи свої особисто сформовані, синтезовані філософсько-правові погляди, втілює їх при винесенні судового рішення, з іншого – ознаки впливу світової філософсько-правової думки на діяльність суддів Верховного Суду США при винесенні певних рішень, обґрунтуванні рішень або висвітленні особливої думки по справі. Саме на цьому вимірі ми зосередимося.

Разом із тим, оскільки метою даної статті не передбачений детальний аналіз праць американських дослідників, обмежимося лише загальною характеристикою правового позитивізму як однієї з основних течій філософсько-правової думки США. Для цього скористаємося авторитетним підходом, представленим в анонімній статті «Юриспруденція», розміщеній на сайті Університету Корнел (Cornell University, Ithaca, New York) [10].

У ній відзначається, що в Сполучених Штатах термін «юриспруденція» звичайно означає філософію права, або юридичну філософію (philosophy of law, legal philosophy).

Попри вкоріненість та поширеність концепції природного права в американській юриспруденції, починаючи з 1890-х і аж до 1970-х рр., домінуючим напрямом академічної американської філософії права був правовий позитивізм (юспозитивізм) у його різноманітних версіях.

Юспозитивісти вважають, що існування і зміст права залежить лише від соціальних фактів, а не від «примарних» духовних цінностей. Тому між правом і мораллю немає зв'язку, і єдиними джерелами права є правила, встановлені урядом або судами. Дещо забігаючи наперед, слід зазначити, що класичний юридичний позитивізм припускає, що закон може бути несправедливим,

залишаючись законом. Представники ж юриспруденції природного права вважають, що несправедливий закон є юридично недосконалим, а згідно з Томасом Аквінським взагалі не мусить вважатися законом. Разом із тим у завданні цієї статті не входить детальний і тим більше текстуальний аналіз позитивістських доктрин. Тому обмежимося їхньою загальною характеристикою, запозиченою з авторитетних американських видань. Найбільш розлога з них міститься у статті «Юридичний позитивізм» Л. Гріна (Leslie Green) зі «Стенфордської енциклопедії філософії» [8].

Л. Грін зауважує, що хоча деякі елементи позитивістського підходу можна знайти вже в античних філософів та юристів (пор. твердження Демокріта і софістів, що закони створюються людьми, а не дані природою, чи знамениту римську максиму «*durum lex, sed lex*». – Г. К.), власне філософське обґрунтування юридичний позитивізм отримує лише починаючи з Т. Хобса (Гобс, Thomas Hobbes, 1588–1679), Д. Х'юма (Г'юм, David Hume, 1711–1776) і особливо розгорнуте – з Дж. Бенґама (Jeremy Bentham, 1748–1832) та його учня Дж. Остіна (John Austin, 1790–1859). Як відомо, у ХХ ст. найпомітнішими представниками юридичного позитивізму були австро-американський правник Х. Келзен (Hans Kelsen, 1881–1973) і англійський професор Х. Л. А. Харт (Гарт, Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907–1992). У середині ХХ ст. в Америці популярним представником цього напрямку був Ф. Коен (Felix Solomon Cohen) [3]. Серед найбільш відомих сучасних лідерів юридичного позитивізму слід вказати на Дж. Раза (Joseph Raz), учня Х. Л. А. Харта і професора Оксфордського університету та одночасно нью-йоркського Університету Колумбія.

Характеризуючи розвиток юридичного позитивізму, Л. Грін підкреслює, що попри антецеденти в античній та подальшій історії правової думки (зокрема, сам термін «позитивне право» був запропонований ще у Середні віки), сучасні доктрини відштовхуються навіть не стільки від конвенціоналістських положень Т. Хобса та Д. Х'юма, скільки від Дж. Бенґама та Дж. Остіна, що запропонували перші розгорнуті позитивістські теорії. Приблизно із середини ХІХ до середини ХХ ст. ці теорії, згідно з якими право ґрунтується на команді суверена, підкріпленою силою, домінували в британській і подекуди в американській філософії права. Проте у 1950-х (перш за все внаслідок дискредитації його основної тези гітлерівським та сталінським тоталітарними режимами) позитивізм став швидко втрачати свій вплив на філософів права. Спочатку на Заході, а згодом і на теренах колишнього СРСР юристи почали використовувати термін «позитивізм» в образливому сенсі, засуджуючи формалістичну доктрину, згідно з якою закон, яким би жорстоким, несправедливим чи навіть безглуздим він не був, мусить бездоганно виконуватися правниками і пересічними громадянами. Цей негативний настрій влучно охарак-

теризував американський дослідник Ф. Шауер (Frederick Schauer) самою назвою своєї статті «Позитивізм як парія» [20].

Безперечним фактом є те, що «імперативні теорії тепер не мають впливу на філософію права» [8]. Однак попри згасання його популярності, розмови про «смерть» позитивізму передчасні і полеміка з його представниками донині залишається актуальною. Більш того деякі історики американського права вважають, що опосередкованим чином аналітичний підхід Х. Л. А. Харта і Дж. Раза сприяв розвитку теорії Р. Дворкіна, як представника природного права. Такої думки дотримується С. Фелдмен, який зокрема пише: «Роналд Дворкін поєднав судовий процес з англійською традицією аналітичної юриспруденції, що тягнеться від Джона Остіна та Х. Л. А. Харта. У цій спробі Р. Дворкін намагається пояснити, як процес судового міркування дозволяє суддям коректно вирішувати справи на базі принципів» [5, р. 128–129].

Л. Грін вказує, що пізній Х. Келзен, Х. Л. А. Харт і Дж. Раз, намагаючись реабілітувати позитивізм, запропонували переорієнтацію його акцентів у субстанційному плані – із законодавчих інституцій на застосування перш за все на суди, а у функціональному плані – з примусової сили закону на системність та взаємну узгодженість норм права.

Водночас Х. Л. А. Харт дещо послабив позицію класичного позитивізму щодо такого морального виміру, як справедливість закону – від закону очікують, щоб він був досконалим, але він не обов'язково є таким (так звана *Теза Помилковості* – *The Fallibility Thesis*) [9, р. 185–186]. Закон має бути справедливим, але він, можливо, не такий; він має забезпечити суспільне благо, але іноді він цього не робить; він має захищати моральні права, але часто це йому не вдається. Цю тезу Л. Грін пропонує називати також *тезою моральної помилковості*, підкреслюючи, що ця теза властива не тільки позитивістам. Її перше формулювання знаходимо у Томаса Аквінського: «несправедливий закон взагалі не є законом». У ХХ ст. Л. Фуллер відродив її у межах світської філософії права. Л. Грін вважає, що «закон може мати надзвичайно моральний характер, і все ж бути морально недосконалим», бо крім формальної справедливості згідно з законом, є й інші її види – етична, релігійна, економічна, політична справедливість тощо, і важко очікувати, що чинний закон відповідатиме всім їх вимогам.

Інша теза оновленого позитивізму – *Теза Віддільності* (*The Separability Thesis*). Х. Л. А. Харт ідентифікує юридичний позитивізм із «простим твердженням, що немає необхідної істини в тому, що закони відтворюють або задовольняють певні вимоги моралі, хоча фактично вони часто діють саме так» [9, р. 185–186]. Багато інших філософів, заохочених також назвою відомого есе Х. Л. А. Харта «Позитивізм і відділення права і моралі» (1958) [2], розглядають цю теорію як спростування того, що існує необхідний зв'язок

між правом і мораллю – вони повинні бути в деякому сенсі «відокремлені», навіть якщо фактично не відділені.

Теза віддільності протистоїть таким твердженням:

- моральні принципи є частиною права;
- право зазвичай або навіть завжди фактично має ціннісний характер;
- краще пояснення змісту законів суспільства включає посилання на моральні ідеали в цьому суспільстві;
- правова система не може вижити, якщо вона не виглядає справедливою, хоча якоюсь мірою фактично не є справедливою.

Всі чотири вимоги з позиції Тези Віддільності виконуються не у всіх можливих юридичних системах – ймовірно, їх навіть не дотримуються у жодній з історично існуючих юридичних систем. Як випадкові істини, вони не торкаються поняття закону безпосередньо. Якщо ми думаємо про тезу позитивіста цим шляхом, ми могли б інтерпретувати розходження між виключним (exclusive, EP) і включним (inclusive, IP) позитивізмом у модальних термінах обов'язково, не обов'язково:

*(EP) обов'язково має місце, бо жодного зв'язку між законом і мораллю не існує.*

*(IP) не обов'язково, але трапляється, оскільки існує зв'язок між законом і мораллю.*

У дійсності, однак, юридичний позитивізм не мусить бути ідентифікований із жодною тезою – кожна з них може бути помилковою. Є багато тривіальних і нетривіальних зв'язків між законом і мораллю. Юридичний позитивізм приймає позицію тільки одного з них, водночас відхиляючи будь-яку залежність існування закону від його ціннісного кореляту. І це відношення залежності цікавить юридичних позитивістів набагато більше, ніж відносини меж між законом і мораллю, оскільки в єдиному сенсі, у якому вони наполягають на відділенні права від моралі, вони повинні настоювати також – і за тих самих причин – на відділенні права й економіки.

Виключити це відношення залежності, однак, означає залишити без уваги багато інших цікавих можливостей. Наприклад, можливо, що моральна цінність походить із явного існування закону [16, р. 165–170]. Якщо Т. Хобс був правий, що будь-який порядок краще, ніж хаос, то у деяких обставинах порядок може бути досяжним тільки через позитивний закон. Або можливо за Гегелем вважати, що кожна існуюча юридична система виражає розумне начало у світі, який інакше залишився б у владі випадковості; право – дух суспільства, яке приходить до самоусвідомлення.

Зауважимо, що ці вимоги сумісні з Тезою Помилковості, оскільки вони не заперечують, що ці можливо гарні речі могли б також принести зло, таке як занадто багато порядку або волі до влади. Про такі похідні зв'язки між законом

і мораллю часто думають, що вони більше говорять про людську природу, ніж про природу права. Те ж саме можна стверджувати стосовно такого твердження:

*1) Необхідно, щоб право мало справу з моральними питаннями.*

Г. Келзен пише: «Так само, як природний і позитивний закон управляють одним і тим самим предметом, і тому мають відношення до того ж самого об'єкта норми, а саме звичайним відносинам людей – у такий спосіб обом їм притаманна універсальна форма цього управління, чим є зобов'язання» [11, р. 34]. Це є питання змісту всіх юридичних систем. Де є закон, там є також і мораль, і вони регулюють ті ж самі справи аналогічними методами. Проте сказати, що право має справу із предметом моралі, не є те ж саме, що сказати, ніби воно робиться добре. Сказати, що всі юридичні системи створюють зобов'язання – не означає обтяжити їх обов'язками, таким чином створеними. Це є більш широким твердженням, ніж теза «мінімального змісту» Х. Л. А. Харта, відповідно до якої існують основні правила, що управляють власністю, вірністю й спорідненням, і які повинна включити будь-яка юридична система, якщо вона прагне до виживання соціальних істот, якими ми є [9, р. 193–200].

Х. Л. А. Харт розцінює це як прояв «природної необхідності» (natural necessity), що підтверджує Тезу Віддільності. Суспільство, що надає перевагу національній славі або поклонінню богам над виживанням, ставить перед юридичною системою ті ж самі завдання, які стоять і перед його мораллю. Тому необхідний зміст закону не залежить, як думає Х. Л. А. Харт, від прийняття певних фактів про людську натуру і певних цілей соціального існування. Він випускає із уваги те, що якби людська природа і життя були різними, то й мораль була б також різною. І якщо праву належить певна роль у суспільстві, то воно неминуче мало б справу із предметом моралі. Наші нагальні політичні турботи про закон і його вимоги впливають із цієї здатності регулювати більшість наших життєвих інтересів. Широка досяжність права повинна фігурувати в будь-якому аргументі щодо його дієвості і щодо закріпленої в ньому вимоги покори.

*2) Закон з необхідністю додає моральні права до своїх суб'єктів.*

Закон говорить нам, що ми повинні зробити, не просто тому, що це було б добродібно або вигідно зробити – він вимагає, щоб ми діяли безвідносно до нашого індивідуального, особистого інтересу, але в інтересах інших людей, або в ще більш широкому сенсі – діяти в суспільному інтересі (крім тих випадків, коли сам закон дозволяє діяти інакше). Тобто закон має на увазі зобов'язати нас. Але виставити категоричні вимоги про те, що люди повинні діяти в інтересах інших, означає накласти на них моральні вимоги. Ці вимоги закону можуть бути невірними або необґрунтованими через помилку; вони

можуть бути зроблені в цинічному або нещирому душі; але у будь-якому випадку вони повинні містити в собі накладання зобов'язань.

З цієї причини жоден режим «абсолютних імперативів» (stark imperatives) не був би системою права, оскільки жоден із них не може зобов'язати всіх його суб'єктів. Як і з багатьма іншими соціальними інститутами, вимоги права визначають його характер незалежно від істини або дієвості даних вимог. Папи римські, наприклад, наполягають на апостольському наступництві, що тягнеться від Св. Петра, хоча можливо, що це лише фікція. Природа закону сформована його самозображенням, яке він проектує на своїх суб'єктів. Висувати моральні вимоги зі згоди цих суб'єктів – означає закріпити певну територію, запросити певні види підтримки і, можливо, викликати опозицію. Тією мірою, якою закон відповідає цій претензії, доктрини отримують своє підтвердження.

*3) Необхідно, щоб закон був здатний до справедливості.*

Через нормативну функцію закону у створенні й накладанні зобов'язань і прав, завжди має сенс запитувати, чи є закон справедливим, і там, де цього немає, вимагати його реформи. Юридичні системи є видами речей, які потребують оцінки як справедливих або несправедливих. Це дуже істотна особливість закону. Не всі людські практики здатні до справедливості. Немає жодного сенсу запитувати, чи є музична fuga справедливою, або зажадати, щоб вона стала такою. Музичні стандарти є винятково внутрішніми – гарна fuga визначається критеріями її жанру; вона повинна бути мелодійною, цікавою, винахідливою тощо. Від цих внутрішніх стандартів ми одержуємо менш безпечні оціночні судження. Деякі формалісти заграють із подібними ідеями, прикладаючи їх до закону, проте ці намагання не відповідають ролі й місцю закону серед людських практик.

Навіть якщо у законі є внутрішні унікальні ціннісні стандарти, які свідчать про його характер, вони не можуть змінити собою його оцінку з позицій незалежних критеріїв справедливості. Музична fuga є доброю, якщо у неї є всі ознаки жанру «фуговості». Проте закон не є найкращий, якщо він виділяється лише у своїй дієвості; закон повинен також бути справедливим. Суспільство може постраждати не лише від малого ступеня правління закону, але й від надмірної його кількості. Це не означає, що справедливість – це єдина, або навіть перша відзнака юридичної системи. Це лише означає, що наше занепокоєння про справедливість як про одну з його переваг, не стоїть осторонь від універсальної вимоги – бути законом. Закон має бути повсякчас виставленим перед вимогами його виправдання. Саме це визначає його соціальну природу та роль у нашому житті та культурі.

Дані три тези встановлюють зв'язки між законом і мораллю, які є необхідними і дуже істотними. Кожна з них протистоїть тезі позитивістів про те,



що існування і зміст закону залежать лише від соціальних фактів, а не від його цінності. Кожна з них сприяє кращому розумінню природи закону. Тому ідея позитивістів про повну віддільність закону і моралі є помилковою.

Нарешті, ще одна теза – *Теза Нейтралітету* (The Neutrality Thesis).

Теза щодо здатності закону до справедливості свідчить про те, що закон не є ціннісно-нейтральним. Хоча деякі юристи вважають цю ідею відкриттям (а інші – провокацією), вона насправді банальна. Л. Грін пише: «Думка, що право може бути нейтральною цінністю, навіть не підвищується до хибності – вона просто абсурдна. Право – це нормативна система, що просуває певні цінності й обмежує інші. Право не може бути нейтральним щодо жертви та вбивці або щодо власника і злодія». Коли люди скаржаться на нестачу в законі нейтралітету, вони фактично заявляють про інші прагнення, зокрема про те, що закон має бути справедливим, послідовним, безстороннім тощо. Насправді умовою досягнення кожного з цих ідеалів є те, що закон не є нейтральним ні в його цілях, ні в його ефектах.

Позитивізм іноді пов'язується з ідеєю про те, що юридична філософія є або *мусить бути* ціннісно-нейтральною. Х. Келзен, наприклад, говорить: «функція науки закону – не оцінка його предмета, а його вільний від цінностей опис» [8, р. 68]. Х. Л. А. Харт також визначав свій підхід як «описову соціологію» [9].

Л. Грін зауважує, що оскільки в наші дні актуальними визнаються аргументи на користь неелімінованості цінностей у суспільних науках («холізму» Квайна (Quinian holisms), «парадигми» Куна (Kuhnian paradigms), «епістемі» Фуко (Foucauldian epistememes)), слід погодитися, що позитивізм обіцяє щось таке, чого не може надати жодна теорія. Тому жорстка дихотомія Х. Келзена між описом фактів та їхньою оцінкою є помилковою. На думку Л. Гріна, опису без цінностей просто не може бути. «Кожен опис завантажений цінністю. Він вибирає й систематизує тільки підмножину нескінченного числа фактів про свій предмет» [8].

Оскільки всі описи виражають *наш* вибір того, що ми вважаємо необхідним, достатнім або істотним, право і не може бути зрозумілим незалежно від цінностей. Тому юридична філософія, навіть якщо і не є безпосередньо оціночною, є принаймні «побічно оціночною». Крім того, саме «право» є антропоцентричним предметом, залежним не просто від нашого сенсорного сприйняття, але також і від нашої моралі, совісті і здатностей. Юридичним же інституціям, таким як суди, рішення і правила, немає місця у фізичному описі Всесвіту і, можливо, навіть у багатьох соціальних описах.

Проте, як вказує Л. Грін, позитивізм може співіснувати з різними припущеннями – судження щодо цінності можуть бути викликані відповідно до суджень про факти; цінності можуть впливати з фактів; цінності можуть бути

різновидом факту. Юридичний позитивізм вимагає, щоб саме в силу його фактичності, а не його цінності дещо стало законом, і що ми можемо це «дещо» описати єдиним параметром фактичності, не звертаючись до оціночних суджень.

Підсумовуючи сказане про юридичний позитивізм, Л. Грін наполягає на тому, що ціннісний аргумент є центральним для будь-якої філософії права. Тому юридичний філософ не може бути «чистим» юридичним позитивістом. Повна філософська теорія права вимагає враховувати й інші достоїнства закону (закон має бути ефективним та витонченим так само, як і справедливим). Він повинен відігравати ці ролі саме в судовому рішенні (чинний закон повинен завжди застосовуватися). Закон має забезпечувати вимогу нашої покори (обов'язок підкорюватися). Юридичний позитивізм не дає задовільних відповідей на ці запитання.

Розглядаючи розбіжність позицій прихильників природного права та правового позитивізму, слід зауважити, що юриспруденція природного права наполягає на необхідності справедливості для будь-якого закону, тоді як позитивісти вважають, що навіть несправедливий закон залишається законом, і йому необхідно коритися.

Правовий позитивізм в Америці отримав декілька важливих модифікацій і розгалужень. Так, *юридичний формалізм*, або *концептуалізм* трактує право на кшталт математики чи природознавства. Формалісти вважають, що суддя визначає релевантні юридичні принципи, застосовує їх до фактів даної справи і логічно виводить правило, яке визначає результат судового диспуту. У Вікіпедії [12] відзначається, що відмінність формалізму від класичного позитивізму Бентама-Остіна полягає в переносі акценту з діяльності законодавчого органу на діяльність судді.

Для юридичного формалізму характерна особлива увага до процесу юридичного міркування, яке вважається принципово незалежним від нормативних або політичних міркувань. «Формалістичною фікцією» вважається те, що у процесі розробки юридичної норми наперед виключаються ціннісні та політичні міркування. «Формаліст» вважає, що на право можна дивитися як на більш-менш «закриту» нормативну систему. У такий спосіб формалістичний підхід добре узгоджується з аристотелівською логікою визначення закритих множин необхідних і достатніх умов, проте виявляє свою обмеженість і недосконалість, коли застосовується до таких множин, де більш релевантним є спосіб визначення за «сімейними подібностями» (Вітгенштайн). Юридичний формалізм може бути виправданий у деяких сферах права з суто функціональних причин. Наприклад, у американському приватному праві такі змістовно навантажені системи, як право договірних інструментів [13], що регулюються ст. 3 Єдиного Комерційного Кодексу [21], часто описуються як «формаліс-

тичні», тому що відповідні рішення ґрунтуються тут на відносно закритих множинах логічно організованих правил. У свою чергу, право контрактів має тенденцію бути більш «релятивним», ніж «формалістичне», оскільки воно має справу з набагато ширшими наборами відносин і випадків.

Юридичні формалісти вважають, що судді та чиновники повинні у своїх інтерпретаціях юридичних текстів не припускати, яким саме закон *має бути*, а обмежуватися тим, що *дійсно* говорить закон, щоб не порушувати принцип поділу влад. Цей аргумент знаходить своє красномовне вираження в Конституції Масахусетса 1780 р., де зазначено: «Суд ніколи не повинен здійснювати законодавчу та виконавчу владу або якусь одну з них, тому що [правління Масахусетса] може бути лише правлінням законів, а не людей ([T]he judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end [that Massachusetts' government] may be a government of laws, and not of men)» [4].

Формалізм прагне підтримати такий підхід. Як пояснював Л. Фуллер, він є «теорією того, що право – це множина правил і принципів, незалежних від інших політичних і соціальних установ» [6]. (Пор. відмову Судді Скалія (Justice Scalia) від інтенціоналізму: «Якщо ви текстуаліст, ви не думаєте про намір, і мене не турбує, чи мали на увазі творці Конституції якийсь таємничий значення, коли вони ухвалювали її слова» [14].)

Юридичний позитивіст концентрує свою увагу на законі, що є предметом його досліджень. Як саме був зроблений закон, які людські зусилля були витрачені на його створення, для нього несуттєво [7, р. 177–178]. Якщо юспозитивізм взагалі є поясненням того, чим є закон, формалізм є поясненням позитивіста щодо того, як працюють закон і юридичні системи.

Юридичний формалізм може бути протиставлений *юридичному інструменталізму* – теоретичній позиції, яка є міцно пов'язаною з американським юридичним реалізмом. Під інструменталізмом звичайно розуміється концепція творчої інтерпретації суддями юридичних текстів з метою кращого служіння публічній політиці і соціальним інтересам, забезпечення справедливості та захисту прав людини. Юридичні формалісти заперечують те, що надання суддям влади інтерпретувати і тим самим змінювати закон, відповідно до їх власних уявлень про добродійну політику, підриває принцип верховенства закону.

Цей напрям є особливо поширеним у традиції загального права, яка в Англії, США, Індії та Ізраїлю спирається на судові прецеденти. У системах загального права завдання розвитку і відновлення права найкраще виконуються судами, які перебувають у тіснішому контакті із соціальними, економічними та технологічними факторами, ніж політичні органи, що причетні до правових реформ. У такий спосіб *юридичний реалізм* або «*реляціоналізм*»

(«relationalism») сприймаються в деяких юрисдикціях загального права, де фактично відсутня юридична кодифікація, поширена в континентальному європейському або японському праві.

Суддя Верховного Суду США А. Скалія (Antonin Scalia) свого часу висловив ряд формалістичних поглядів на те, що Конституція Сполучених Штатів повинна інтерпретуватися відповідно до її оригінального значення (Originalism). У свою чергу, устами також мають бути прочитані відповідно до своїх простих значень (Plain meaning rule) [15]. У роботі «Питання інтерпретації» А. Скалія захищає так званий *текстуалізм* (textualism) або (ширше) формалізм, коли пише: «З усіх критичних зауважень, висловлених проти текстуалізму, найбільш безглуздим є те, що він носить формалістичний характер. Відповіддю на це є: звичайно, це формалізм! Правління закону є питання про форму... Убивця був спійманий із кров'ю на його руках, схиленим над тілом його жертви; сусід на відеокамеру зняв злочин, і вбивця зізнався в писемній формі і є відповідний відеозапис. Ми, проте, наполягаємо, що перш ніж держава зможе покарати цього лиходія, вона має провести кримінальний процес за всією формою, що й приведе до обвинувального вироку. Хіба це не формалізм? То нехай живе формалізм! Він саме і є тим, що призводить до правління законів, а не людей» [17, р. 141]. Розгорнутий виклад аргументів на користь формалізму А. Скалія подав у есе «Правління закону як Закон Правил» [18].

Професор Мічиганського університету Ф. Шауер (Frederick Schauer) у статті «Формалізм» (1988) переконував відмовитися від «сучасної відрази до формалізму», заявивши, що його мета полягає в тому, щоб «урятувати формалізм від концептуального вигнання» [19, р. 48]. Він закликав заново продумати концептуальні засади формалізму, відмовившись від оцінки того, чи є він сам по собі добрим або поганим, і зосередившись на тому, яким чином його можна використати, щоб обмежити владу тих, хто приймає рішення.

**Висновки.** У різноманітті сучасної філософсько-правової думки слід відзначити особливий напрям, що стосується суті та способів функціонування самого права. По-перше, йдеться про принципову розбіжність між природно-правовим та позитивістським розумінням права, ключовим пунктом якої є ставлення до ролі моральних чинників. По-друге, залежно від визнання чи невизнання цієї ролі, визначається підхід до трактування правових норм – або юридичний формалізм і оригіналізм, або їх творча інтерпретація, яка враховує як зміни у зовнішній ситуації, так і зміни ментальних стандартів самих юристів, у першу чергу суддів і адвокатів. Саме філософсько-правова складова в рішеннях та обґрунтуваннях по рішеннях береться до уваги, цікавить та впливає на філософсько-правову думку країн пострадянського простору. Через висвітлення теоретичного контексту сучасного філософсько-правового

напряму юридичного позитивізму зроблені спроби висвітлення його впливу на діяльність Верховного Суду США для подальшого встановлення впливу філософсько-правових аспектів цих рішень на сучасну філософсько-правову думку України.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Правові основи формування та функціонування органів державної влади у контексті євроінтеграції : монографія / Ю. П. Битяк, О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань та ін. Харків: Право, 2010. 384 с.
2. Гарт Г. Л. А. Позитивізм і розмежування права та моралі. Філософія права / за ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. Київ: Основи, 2007. С. 78–100.
3. Cohen F. S. Ethical systems and legal ideals : an essay on the foundations of legal criticism. Westport, Conn.: Greenwood Press. 1933. Vol. XI. 303 p.
4. Constitution of Massachusetts: oktober 25, 1780. *National Humanities Institute*. URL: <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm> (Last accessed: 20.03.2019).
5. Feldman S. M. American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism. An Intellectual Voyage. New York: Oxford University Press, 2000. 272 p.
6. Formalism. *Black's Law Dictionary* / ed. in chief: Bryan A. Garner. 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. 913 p.
7. Fuller L. L. Anatomy of the Law. New York: Praeger, 1968. XIV, 245 p.
8. Green L. Legal Positivism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> (Last accessed: 20.03.2019).
9. Hart H. L. A. The Concept of Law. Second ed. Oxford: Clarendon Pr., 1994. Vol. XII. 315 p.
10. Jurisprudence: an overview. *Legal Information Institute*. URL: [http://topics.law.cornell.edu/wex/Jurisprudence?quicktabs\\_3=0#quicktabs-3](http://topics.law.cornell.edu/wex/Jurisprudence?quicktabs_3=0#quicktabs-3) last modified on August 19, 2010 (Last accessed: 20.03.2019).
11. Kelsen H. The Idea of Natural Law (1928). *Essays in Legal and Moral Philosophy*. ed. O. Weinberger ; trans. P. Heath. Dordrecht, 1973. P. 27–60.
12. Legal formalism. *Wikipedia: the free encyclopedia*. URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Legal\\_formalism](http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_formalism) (Last accessed: 20.03.2019).
13. Negotiable\_instruments. *Wikipedia: the free encyclopedia*. URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Negotiable\\_instruments](http://en.wikipedia.org/wiki/Negotiable_instruments) (Last accessed: 20.03.2019).
14. Originalism. *Wikipedia: the free encyclopedia*. URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Originalism> (Last accessed: 20.03.2019).
15. Plain meaning rule. *Wikipedia: the free encyclopedia*. URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Plain\\_meaning\\_rule](http://en.wikipedia.org/wiki/Plain_meaning_rule) (Last accessed: 20.03.2019).
16. Raz J. Practical Reason and Norms. Princeton: Princeton University Press, 1990. 334 p.
17. Scalia Antonin. A Matter of Interpretation. *Federal Courts and the Law*. Princeton, N. J. : Princeton University Press, 1997. Vol. XIII. 159 p.
18. Scalia A. The Rule of Law as a Law of Rules. *University of Chicago Law Review*. 1989. Vol. 56. P. 1175–1210.

19. Schauer F. Formalism. *Yale Law Journal*. 1988. Vol. 97. P. 19–58.
20. Schauer F. Positivism as Pariah. *The Autonomy of Law: Essays in Legal Positivism*. ed. R. P. George. Oxford. 1996. P. 31–55.
21. Uniform Commercial Code. *Wikipedia: the free encyclopedia*. URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform\\_Commercial\\_Code](http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code) (Last accessed: 20.03.2019).

## REFERENCES

1. Bytiak Yu. P., Danylian O. H., Dzoban O. P. ta in. (2010). *Pravovi osnovy formuvannia ta funktsionuvannia orhaniv derzhavnoi vlady u konteksti yevrointehratsii : monohrafiia / Kharkiv: Pravo [in Ukrainian]*.
2. Hart H. L. A. (2007). *Pozytyvizm i rozmezhuвання prava ta morali. Filozofia prava / za red. Dzh. Feinberha, Dzh. Koulmena. Kyiv: Osnovy. 78–100. [in Ukrainian]*.
3. Cohen F. S. (1933). *Ethical systems and legal ideals : an essay on the foundations of legal criticism*. Westport, Conn.: Greenwood Press [in English].
4. *Constitution of Massachusetts: (1780) october 25*. National Humanities Institute. URL: <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm> [in English].
5. Feldman S. M. (2000). *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism. An Intellectual Voyage*. New York : Oxford University Press [in English].
6. *Formalism*. *Black's Law Dictionary / editor in chief: Bryan A. Garner. (1999)*. – St. Paul, Minn.: West Group, 7th ed. [in English].
7. Fuller L. L. (1968). *Anatomy of the Law*. New York : Praeger [in English].
8. Green L. (2003). *Legal Positivism*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> [in English].
9. Hart H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. Second ed. Oxford : Clarendon Pr.[in English].
10. *Jurisprudence: an overview*. Legal Information Institute. (2010). URL: [http://topics.law.cornell.edu/wex/Jurisprudence?quicktabs\\_3=0#quicktabs-3](http://topics.law.cornell.edu/wex/Jurisprudence?quicktabs_3=0#quicktabs-3) last modified on August 19 [in English].
11. Kelsen H. *The Idea of Natural Law (1973)*. *Essays in Legal and Moral Philosophy*. ed. O. Weinberger ; trans. P. Heath. – Dordrecht, 27–60 [in English].
12. *Legal formalism*. *Wikipedia : the free encyclopedia*. (2012). URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Legal\\_formalism](http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_formalism). [in English].
13. *Negotiable instruments*. *Wikipedia : the free encyclopedia*. (2006). URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Negotiable\\_instruments](http://en.wikipedia.org/wiki/Negotiable_instruments) [in English].
14. *Originalism*. *Wikipedia : the free encyclopedia*. (2016). URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Originalism> [in English].
15. *Plain meaning rule*. *Wikipedia : the free encyclopedia*. (2019). URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Plain\\_meaning\\_rule](http://en.wikipedia.org/wiki/Plain_meaning_rule) [in English].
16. Raz J. (1990). *Practical Reason and Norms*. Princeton : Princeton University Press [in English].
17. Scalia Antonin. (1997). *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton, N. J. : Princeton University Press [in English].
18. Scalia A. (1989). *The Rule of Law as a Law of Rules*. *University of Chicago Law Review*. Vol. 56, 1175–1210 [in English].

19. Schauer F. (1988). Formalism. Yale Law Journal. Vol. 97, 19–58 [in English].
20. Schauer F. (1996). Positivism as Pariah. The Autonomy of Law: Essays in Legal Positivism. ed. R. P. George. Oxford, 31–55 [in English].
21. Uniform Commercial Code. Wikipedia : the free encyclopedia. (1952). URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform\\_Commercial\\_Code](http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code) [in English].

**Коваленко Анна Викторовна**, кандидат юридических наук,  
ассистент кафедры философии Национального юридического университета  
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков, Украина

### **ВЛИЯНИЕ ПРАВОВОГО ПОЗИТИВИЗМА НА ФОРМИРОВАНИЕ ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВЫХ ИДЕЙ В ПРИНЯТИИ РЕШЕНИЙ ВЕРХОВНЫМ СУДОМ США**

*Рассмотрены взгляды и идеи мыслителей и деятелей, представляющих позитивистское направление, идеи которых имели наиболее большое влияние на американскую и мировую философско-правовую мысль и формирование философско-правовых взглядов судей Верховного Суда США. Показано взаимодействие между направлением юридического позитивизма и формированием судейской философии. Выделена роль и значение правового позитивизма для развития философии правосудия, которая должна находиться в постоянном контакте с актуальными событиями и проблемами, благодаря чему происходило бы обеспечение ее ведущей роли в развитии правовой системы Украины, построении правового государства через становления государственнообразующих процессов, что является актуальным для современной Украины.*

**Ключевые слова:** правовой позитивизм, юридический формализм, юридический оригинализм, философия правосудия, Верховный Суд США.

**Kovalenko Hanna Viktorivna**, PhD in Law,  
Assistant Professor of the Department of Philosophy  
of the Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

### **INFLUENCE OF LEGAL POSITIVISM ON FORMING PHILOSOPHICAL AND LEGAL IDEAS IN DECISION MAKING BY THE SUPREME COURT OF THE USA**

**Problem setting.** *In the period of the establishment of statehood and to correct mistakes that have already occurred, there is an urgent need to understand such a theoretical heritage and practical experience. Illumination of the ideological basis of the activities of the Supreme Court of the USA in making decisions, substantiating decisions or highlighting*

*special opinions on a case is necessary in terms of the formation of a judge's philosophy and its implementation in decisions. One of such philosophical and legal grounds is the direction of legal positivism, which influenced decision-making by judges and became part of the judiciary philosophy. The coverage of this issue will give the modern philosophy the right to be in constant contact with actual events and problems, which will ensure its leading role in the development of the legal system of Ukraine.*

**Recent research and publications analysis.** *The results of the research of these problems give an opportunity to note that in general, the systematic scientific understanding of the problem of establishing the flow of the philosophical and legal direction of legal positivism to the work of the Supreme Court of the United States, which is reproduced during the adoption of a judicial decision, are only at an early stage.*

**Paper objectiv.** *The purpose of this article is – through the coverage of the theoretical context of the modern philosophical and legal direction of legal positivism to show its influence on the work of the Supreme Court of the United States.*

**Paper main body.** *Considered the views and ideas of thinkers and activists representing a positivist trend, whose ideas had the greatest influence on the American and world philosophical and legal opinion and the formation of the philosophical and legal views of judges of the Supreme Court of the United States. The interaction between the direction of legal positivism and the formation of judicial philosophy is shown. The role and significance of legal positivism for the development of the philosophy of justice, which should be in constant contact with actual events and problems, should be ensured, which would ensure its leading role in the development of the legal system of Ukraine, the processes of building the rule of law through the development of state-building processes, which is relevant to modern Ukraine.*

**Conclusions of the research.** *Due to the coverage of the theoretical context of the contemporary philosophical and legal direction of legal positivism, attempts have been made to highlight its influence on the work of the Supreme Court to further determine the influence of the philosophical and legal aspects of these decisions on the contemporary philosophical and legal opinion of Ukraine. It is the philosophical and legal component in decisions and rationale for the decision taken into account, interested in and influencing the philosophical and legal opinion of the post-Soviet countries. In the variety of modern philosophical and legal thought should be noted a special direction, concerning the essence and ways of functioning of the law itself. Firstly, it is a fundamental difference between natural-legal and positivist understanding of law, the key point of which is the relation to the role of moral factors. Secondly, depending on the recognition or non-recognition of this role, the approach to the interpretation of legal norms is defined – either legal formalism and originality, or their creative interpretation, which takes into account both changes in the external situation and changes in the mental standards of the lawyers themselves, in the first place judges and lawyers.*

**Keywords:** *legal positivism, legal formalism, legal originalism, philosophy of justice, US Supreme Court.*