

### Summary

In the article the analysis of problematiki of cooperation of creation of right and state is conducted in the modern terms of reerecting of the state system in Ukraine, generalized modern factors of globalizaciynikh vectors of development of subjects of political map of the world, author vision of problems of development of right and state is given in a modern period.

Отримано 22.11.2011

### С. С. КРАВЧЕНКО

*Сергій Сергійович Кравченко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України*

## ПРАВОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЯК СОЦІАЛЬНИЙ ІНСТИТУТ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ: ПРАГМАТИЧНИЙ АНАЛІЗ

У пошуку оптимального вирішення соціальної напруги і суперечностей необхідно визначити їхні характер та тенденції, у зв'язку з чим підвищується роль дослідження та обліку особливостей історії, ідеології, семантичних і структурних змін природних умов та участі суспільства у побудові реальності. У середині ХХ ст. у світлі концепції «лінгвістичного повороту» особливу увагу було привернено до поняття «невизначеність закону», вираженого не тільки в ідеології й семантиці закону, а й у вербальному викладі його тексту. Предмет закону, характер і сфера його дії завжди є загальними, концептуально узагальненими вербальними формами. Зрозумілі та ясні на момент створення, вони із часом перетворюються на канонічні формули, виражені здебільшого словниковими одиницями, неточність і архаїчність яких допускає варіативну інтерпретацію та неоднакове розуміння. Це створює умови для необмежених можливостей перенесення змістів їхньої базової семантики на підставі аналогії або контамінації, розширення або звуження значень. У результаті загальний зміст правової термінології допускає настільки широкі можливості застосування і тлумачення, що текст закону просто не може бути чітким визначенням результату конкретних судових слухань, що було відзначено ще Ж.-Ж. Руссо.

Правовий прагматизм пропонує розглядати співвідношення нормативно-теоретичного статусу закону та можливості його застосування у конкретних ситуаціях, у яких потенціал людського розуму виявляється у побудові, висловленні, доказі судження і думки у широкому розмаїтті практичних контекстів. Фундаментальний зміст тези про необхідність урахувати контекст при інтерпретації закону, на думку Дж. Дьюї, є нагадуванням про різноманіття і багатозначність людських стосунків, гармонію яких легко порушити, але складно побудувати або відновити. Інтуїція і розуміння виникають не внаслідок неухважності до особливостей людських стосунків, а саме завдяки виявленню різниці між людьми і контекстами у пошуку тимчасових рішень проблем і конфліктів. В американській дійсності<sup>1</sup> значення контексту або контекстів у кожному окремому випадку відіграє величезну роль. У багатьох сучасних політичних і правових дискусіях вимога враховувати контекст часто означає необхідність зважати на специфіку структури влади, проблеми, пов'язані з поняттями статі, раси, класових відносин, наслідків вікових, інтелектуальних або фізичних розходжень та їхнього впливу на здатність людини захистити себе.

За відсутності об'єктивних безособових абстрактних критеріїв соціальні й правові проекти оцінюються за ступенем і якістю відповідності/невідповідності потребам і ціннісним орієнтаціям суспільства. У правовому прагматизмі передбачається відповідальність не тільки за застосування закону, що відповідає вчиненому діянню і регулюючій його оцінці. Принципове значення має імовірний або очікуваний ефект від застосування закону. Тлумачення закону, кваліфікація складу правопорушення, методи і способи його застосування оцінюються як з погляду того, наскільки вони задовольняють/не задовольняють вимоги у даному конкретному процесі, так і щодо їхніх суспільно-значущих наслідків. У руслі доктрини значущості наслідків найважливішим принципом правового прагматизму є визначення й оцінка ролі, що відіграє ефективність застосування закону в суспільній практиці. Закон і наслідки його застосування мають хоча б тим або іншим чином відповідати потребам і бажанням суспільства, забезпечуючи практично задовільні результати. Ці принципи забезпечують суддям можливість розглядати справи об'єктивно, з огляду не тільки на наявність фактів, а й обставин. Відповідно до теорії О. В. Холмса найважливішим завданням судді в судовому розгляді є відповідальне передбачення наслідків застосування закону, на підставі чого він повинен виносити практично корисні рішення і найчастіше знаходити загальні позиції для примирення протилежних сторін. Проте завдяки цим принципам виникають можливості не тільки креативного застосування закону, а й адаптації його змісту до мінливої реальності. Відповідно до доктрини пластичності й мінливості реальності у прагматизмі підкреслюється ідея розмаїтості та плюралістичності людських потреб і поглядів. Розвиток, зміни і новації

є правилом у всіх сферах об'єктивного світу, не є вони винятком і у людському житті. Неостаточність і обмеженість людського досвіду є постійною причиною пошуку оптимальних способів забезпечення гармонії як у суспільних відносинах, так і в сфері індивідуального життя людини. Для визначення значущості соціальних проектів і правових теорій замість безособових абстрактних критеріїв теорія прагматизму пропонує ґрунтуватися на обміркованому застосуванні методик і технік, що дають змогу досягти позитивних практичних результатів. У процесі інтерпретації статутів і законів прагматизм пропонує шукати відповідь на запитання – яке з можливих у даному конкретному випадку рішень може мати найбільш позитивні наслідки. Прагматисти зацікавлені у тому, щоб використовувати законодавчий або конституційний текст як ресурс для винесення прагматично привабливого рішення<sup>2</sup>. На підставі такої методики переборюється дихотомія антинормії між теорією та практикою, а юридично обґрунтоване і політично правильне рішення приймається у результаті усвідомлення, яка з наявних альтернатив найбільш природно і позитивно виявиться в наслідках вирішення конфлікту.

Спроби впровадити методи і принципи прагматичного мислення в правову теорію виражалися в різних, іноді конфліктних формах. Прийняття прагматичної концепції закону, незважаючи на деяку невизначеність вихідних позицій, розмаїтість і несумісність пропонованих технік та підходів, ґрунтується на одній загальній рисі. Їх поєднує антипатія до правового формалізму, тобто до концепції, в якій стверджується, що існують природжені, споконвіку властиві людському розуму, універсальні поняття і незаперечні уявлення, на яких ґрунтується знання. Правовий міф формалізму ґрунтується на твердженні, що процес, у результаті якого були вироблені правові норми, вичерпав можливі нормативні й політичні міркування та обставини. Закон має розглядатися як більш-менш закрита нормативна система, яку варто сприймати в контексті остаточної даності, не вдаючись у подробиці того, як, коли, за яких умов і для чого він був сформульований і як його можна застосовувати у цей час. Рішення правових питань може бути досягнуте виключно завдяки логічному аналізу взаємозв'язків існуючих законів і не вимагає нічого більшого, ніж поверхневе ознайомлення з їхнім трактуванням реального світу фактів. Судді варто визначити релевантні правові принципи, застосувати їх за фактичним матеріалом справи і за допомогою методу логічної дедукції вивести правило, на яке спиратиметься остаточної вердикт. На противагу цій концепції правовий прагматизм пропонує плюралістичний, однак не довільний набір міркувань: необхідно розглянути конфліктні ціннісні поняття, властиві кожній суперечці, оцінити значущість прецеденту для кожної вимоги або позову у розглянутій справі, залучити всі докази, які можуть висвітлити обставини справи і сприяти прийняттю правильного, справедливого рішення у справі соціального врегулювання. Замість того, щоб ґрунтуватися лише на психологічних висновках, судді значно корисніше виважено проаналізувати свої судові здогади у рамках впливу і значення так званого фонованого знання, тобто вивчення і аналізу прецедентів, дискусій з колегами та знання поточного соціально-політичного клімату.

Світогляд прагматизму та ідеологія прагматичного методу в юриспруденції протягом більшої частини ХХ ст. визначали характер розуміння закону і його застосування як у США, так і в багатьох країнах світу. Значне поширення одержала концепція нерозривного зв'язку правового мислення з конкретною ситуацією соціального життя суспільства, з розвитком якої виникають нові правові принципи, закони й установлення. Відмова від інтерпретації принципів, виражених у законі й у значенні основних правових понять, із формальної точки зору сприяло більш успішному та ефективному функціонуванню закону як інструменту соціального регулювання. Визнання розмаїтості та незалежності змісту соціальних і науково-філософських контекстів дало можливість підтвердити, що об'єктивні правові стандарти можливі навіть за відсутності будь-яких універсальних методів винесення конкретних правових рішень із абстрактних принципів закону. Спираючись на прагматичний метод широкий розвиток одержала радикальна критика тези про нейтральність та аполітичність правових норм і правил. Розвиток нових типів соціальних конфліктів відбився у правовій діяльності феміністів і постмодерністів. У цій сфері правового прагматизму підкреслено релевантність ситуативного досвіду у сприйнятті реальності, що становить одну з характерних рис прагматичної теорії реальності. У рамках правової та економічної теорії стверджується, що правовий і економічний аналіз плідно доповнюють один одного<sup>3</sup> у процесі вірогідного проникнення у суть правопорушення і конкретизації способу його правового регулювання. Це твердження заперечує традиційне визначення закону як автономної дисципліни і пропонує міждисциплінарний підхід до вивчення, розуміння, інтерпретації і застосування закону. Поняття міждисциплінарного підходу ґрунтується на визнанні умовності поділу і глибокого взаємопроникнення всіх сфер людського знання. Правовий прагматизм впливає із постулату взаємозв'язку всіх видів людського практичного досвіду, у розвитку якого кожний бере участь на своєму індивідуальному рівні, сприяючи суспільному прогресу.

Незважаючи на розмаїтість підходів, яка спостерігається щодо прагматичного методу, прийняття/неприйняття його як засобу інтерпретації закону, різні рухи в сучасній американській юриспруденції поєднують важливе питання: якщо закон не складається з набору незмінних правил і принципів, якщо поняття «закон», як і «істина» деякою мірою є недосконалим людським конструктом і соціальним поняттям, підданим модифікаціям і змінам, якщо судді пропонуються при винесенні судового вердикту враховувати ймовірні наслідки своїх рішень, на чому тоді варто засновувати вибір між різними суперечливими правовими альтернативами у винесенні судового або іншого рішення? Як уникнути обвинувачення у тому, що правовий прагматизм та інші форми прагматичного підходу пропонують такий зовні безпринципний підхід до судового

процесу, в якому суддям надається право вільно виносити рішення у справах, ґрунтуючись на власних юридичних здогадах, передчуттях або інтересах і політичних пристрастях? Якщо закон має виконувати роль норми, що забезпечує суспільство набором поведінкових правил, здатних дати людям більш-менш чітке уявлення про те, що вони можуть робити і що інші можуть робити відносно них у межах закону, люди повинні мати підстави для припущення про те, яке рішення може винести суд, засноване на чомусь більш передбачуваному, ніж особиста думка або примхи судді.

Прагматизм дає конструктивну відповідь на ці питання, пропонуючи засоби і способи розмежування між традиційною моделлю закону як нейтрального, самодостатнього поняття і нігілістичним ставленням до закону, що розуміється як політика, яка проводиться іншим шляхом. Для досягнення цієї мети і знаходження компромісу, консенсусу та континуума між традиційною і прагматичною моделями юриспруденції обґрунтовується метод інтерпретації, використання і застосування закону, а також попередження, що не існує універсальних засобів або способу для розв'язання конфліктів і протистоянь. Засоби, що застосовують для цього, ніколи не бувають повністю придатними, їх варто оцінювати не у термінах незаперечного сталості або обов'язкового зразка, а з позиції легітимної придатності/непридатності. Важливою передумовою для визначення лінії проведення судового слухання і способів розв'язання конфлікту є також орієнтація на суспільно значущі наслідки їхньої ефективності. Їхній вибір і значення змінюються у відповідь на зміни емпіричної і теоретичної інформації про розвиток реальності.

Відмова від незаперечних істин на користь свідчень життєвого досвіду як спосіб інтерпретації правової характеристики реальності був уперше активно і предметно застосований О. В. Холмсом і ввійшов до історії юриспруденції як концепція правового реалізму. Свій подальший розвиток ця концепція одержала в працях правознавців 20–30-х років ХХ ст. – Роско Паунда, Н. Бенджаміна Кардозо, Карла Ллевелліна і Фелікса Коена, якщо назвати тільки найбільш значущі фігури. Після Холмса і Кардозо та понад тридцятирічну перерву правовий прагматизм і правовий реалізм зокрема знову одержав статус затребуваної правової філософії. Переживаючи період відродження, прагматичний метод став напрямою робочою теорією більшості юристів США.

Правовий реалізм був найбільш значущим, властивим юриспруденції США ХХ ст. Він вплинув не тільки на правову думку і юридичну освіту, а й на правову реформу і судову практику. Прихильники правового реалізму були здебільшого не філософи, а юристи і у цій якості активно протестували проти «механічної юриспруденції». Вони заперечували і спростовували домінуючу доктрину «абсолютної структури правових принципів», пов'язуючи поняття і чинність закону із соціальною та економічною реальністю, як у сфері законотворчості, так і в сфері прийняття судових рішень. Доктрина формалізму пропонувала суддям виносити рішення у конфліктних справах, керуючись винятково юридичними правилами, доказами і доводами, що дають право на винесення єдиного рішення у більшості або у всіх справах. Особистість і політичні переконання судді не повинні справляти вплив на винесення вироку. Із чисто формальної точки зору судді пропонувалося знайти прецедент, на підставі якого приймати рішення без визначення реального дотримання правових понять. У результаті ретельних емпіричних досліджень реальної практики рішення судових справ виявляється, що судді діють, головним чином, ґрунтуючись не на глибокому аналізі справи, а на розумінні того, що можна вважати справедливим, виходячи із зовнішніх фактів справи. Відповідно до концепції формалізму кожний суддя індивідуально відповідає за ідентифікацію в рамках юридичної норми конкретних правових проблем, що становлять зміст конфлікту. До його компетенції і обов'язку на підставі логічного міркування належить застосування ідентифікації для визначення судового рішення. Традиційні формалістичні теорії трактують закон, юридичні правила і докази як абстрактні сутності, придатні для вирішення будь-яких конфліктів. У процесі судового розгляду правові інструменти підбираються відповідно до змісту наявних фактів розглянутої справи за аналогією з іншими справами, тобто в алгоритмі подібності, і фігурують просто як подальші випадкові обґрунтування рішень, прийнятих унаслідок неюридичних міркувань. Правовий реалізм ставиться скептично до абсолютизації закону. Юридичні правила за визначенням не можуть використовуватися як контроль судових рішень, а функція закону полягає у тому, щоб вирішувати реальні, фактичні, а не теоретичні конфлікти. Судові рішення набувають логічних вербальних форм, але мотивацією, підставою і змістом правової аргументації є переконання і думки про відносну цінність, «наявну вартість» за термінологією Джеймса, різних аспектів справи, що підлягає розгляду. Вимоги прихильників прагматичної моделі закону будуються на принципах інструментального підходу, що припускає ретельне дослідження всіх різноманітних релевантних даних, доказів і підстав, а головне пильної уваги до контексту подій, які призвели до виникнення конфлікту. Судді пропонується знайти юридично правильне вирішення конфліктуючих інтересів, ґрунтуючись на своїх психологічних, економічних і політичних поглядах. Такий підхід дає судді об'єктивні, суспільно зумовлені підстави для визначення способу врегулювання конфлікту. Ці вимоги ґрунтуються на дослідженнях ефективності домінуючої правової ідеології з погляду об'єктивності закону і співвідношення закону та моралі. Результати досліджень виявили практичні та ідеологічні межі техніки прийняття судових рішень і функціонування самої судової системи у моделі «верховенство закону» і орієнтацію винятково на прецедент або на букву закону.

Отже, з погляду правового прагматизму, соціальне значення правових прецедентів, як і настанов нормативного закону, полягає не в абстрактному універсальному правовому формалізмі, а в аналізі принципів, виражених у законі, і значень фундаментальних правових понять на тлі історії і конкретних обставин людського життя.

<sup>1</sup> Minnow M. & El.V.Spelman. In Context // Southern California Law Review, 1990, № 63. – P. 1597.

<sup>2</sup> Posner R. A. What Has Pragmatism to Offer Law? // Southern California Law Review, 1990, № 63. – P. 1664.

<sup>3</sup> Там само. – P. 1668.

#### Резюме

У статті проаналізовано філософські погляди вчених американської школи правового прагматизму щодо місця та ролі прецедента у соціально-правових інституціях. Автор робить висновок, що основне значення та зміст правового прецеденту полягає у принципах, виражених у законі.

**Ключові слова:** закон, правовий прагматизм, правовий прецедент, принципи, соціальний інститут.

#### Резюме

В статье анализируются философские взгляды ученых американской школы правового прагматизма относительно места и роли прецедента в социально-правовых учреждениях. Автор считает, что основное значение и содержание правового прецедента базируется на принципах, выраженных в законе.

**Ключевые слова:** закон, правовой прагматизм, правовой прецедент, принципы, социальный институт.

#### Резюме

In article converges philosophy ideas on precedent place and rule in social-legal institutes. Author do conclusion: legal precedent and maintenance are act's principles.

**Key words:** act, legal pragmatism, legal precedent, principles, social institute.

*Отримано 17.10.2011*

### Є. В. РОМІНСЬКИЙ

*Євген Вікторович Ромінський, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## ЗАГАЛЬНОРУСЬКІ МІЖКНЯЗІВСЬКІ ДОГОВОРИ

Проблема державного устрою Київської Русі належить до числа найдискусійніших у сучасній вітчизняній медієвістиці. Французький вчений Жан Флорі, характеризуючи франкську меровінгську імперію, визначав її як єдину державу з багатьма королями, що належали до одного роду<sup>1</sup>. Те саме можна сказати і про Київську Русь. І одним з елементів фундаменту, що не давав цій єдиній державі розпастися на купку цілковито відособлених держав-князівств, були міжкнязівські договори. Провідне місце серед них посідали договори, що закріплювали основні умови загальноруського державного устрою та міжкнязівських відносин, або як їх іноді називають в літописах: договори «на строєньє мира».

Маємо відзначити, що хоча історіографія проблем державного та політико-адміністративного устрою Київської Русі є доволі великою<sup>2</sup>, міжкнязівські договори як окремих об'єкт дослідження в цій сфері майже не розглядалися дослідниками. Виняток становлять дослідження В. І. Серєєвича, який присвятив проблемі окрему розвідку<sup>3</sup>, однак і він розглядав ці договори виключно в контексті «визначення взаємних прав та обов'язків князів»<sup>4</sup>. Лише рішення Любецького та Витичівського снемів викликали до себе значну увагу наукової громадськості, але й вони переважно розглядаються цілковито відірвано від інших міжкнязівських договорів. Таким чином, ця публікація є, наскільки нам відомо, першою спробою аналізу впливу загальноруських міжкнязівських договорів на еволюцію державного та політичного устрою Київської Русі, і її слід розглядати як постановочну.

Поява договорів «на строєньє мира» була зумовлена тривалими політичними кризами, що зазвичай виражалися у глобальних міжкнязівських усобицях. До їх числа належать Городоцький мир 1026 р., договори, укладені на Любецькому 1097 р. та Витичівському 1101 р. снємах, і договір, укладений у землях в'ятичів 1196 р. Також не можна не згадати проект «добраго порядку» Романа Мстиславича 1203 р. та проект мирного договору, підготовлений напередодні Липицької битви 1218 р. Юрієм та Ярославом Всеволодовичами.

Почати розгляд загальноруських договорів слід зі згадки про їх передоснову – договори, що об'єднували навколо Києва та Новгороду окремі східнослов'янські землі у IX–X ст. Руські літописи обмежуються загальними словами про «покладення дані» руськими князями на ті чи інші племена. Важливим джерелом з цієї проблеми є твір «Про управління імперією» візантійського імператора Костянтина Багрянородного<sup>5</sup>. У главі 9, де вміщено опис «шляху із варяг в греки», неодноразово говориться про «пактіотів» слов'ян (Новгороду) та русі (Київ)<sup>6</sup>. Пактіотами у Візантії називали держави, з якими були укладені союзницькі договори, зокрема данницькі. Можна стверджувати, що в цей час навколо двох первісних центрів Київської Русі