

ПАМ'ЯТІ ВИДАТНОГО ФІЛОСОФА І ТЕОРЕТИКА ПРАВА

НІЛ МАК-КОРМІК



З. БАНЬКОВСКИ¹

професор теорії права Центру права та суспільства юридичного факультету Единбурзького університету

Вступ

Ніл Мак-Кормік, який на момент смерті був президентом Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії, став титаном юриспруденції, правової філософії та теорії права світового рівня, зокрема й в Великій Британії, де він був найвпливовішою постаттю епохи відродження цих дисциплін, започаткованої Г. Хартом.

Мак-Кормік народився 27 травня 1941 р. у Глазго. Він навчався в Університеті Глазго в 1959–1963 рр., вивчаючи філософію та англійську літературу. Відтак він продовжив навчання в Оксфорді, вивчаючи право. Хоча Мак-Кормік вивчав право Англії, він завжди мав намір повернутися до Шотландії, щоб зайнятися юридичною практикою в Единбурзі. З цією метою він став викладачем права в шотландському Університеті Сент-Ендрюс (Королівський коледж, Данді).

Проте в Оксфорді він потрапив під вплив Харта, тодішнього професора юриспруденції, і через два роки викладання в Данді повернувся туди — в Коледж Балліоль, де викладав юриспруденцію та філософію права. Згодом його призначили на королівську (регіуську) кафедру з публічного права і природного права та права націй в Единбурзі в 1972 р. (як на той час — у дуже молодому віці — 31 року), яку він зразково обіймав до своєї відставки у січні 2007 р. Він також обіймав посаду іменної дослідницької професури Леверхульма в 1997–1999 рр. і з 2004 р. — аж до своєї відставки. Він був членом Королівського товариства Единбурга і Британської академії, а також почесним Радником Її Величності. За заслуги у сфері права в 2001 р. його посвятили в лицарі, а в 2004 р. — відзначили Золотою медаллю Королівського Товариства Единбурга за видатні досягнення.

Ніл Мак-Кормік посідав чільне місце й у громадсько-політичному житті. У 1999–2004 рр. він був членом Європейського парламенту від Шотландської

¹ Переклад із англійської В. Бігуна.

національної партії (її віце-президентом), крокуючи стежкою батька — однієї з ключових фігур шотландського національного руху. Він був і спеціальним радником уряду Шотландії у європейських і зовнішньополітичних справах.

Право, держава і практичний розум

Чотири книги, видані Мак-Корміком у рубриці «Право. Держава. Практичний розум» (*Law, State, and Practical Reason*) у період його леверхульмського професорства — гідне свідчення зростаючого значення і впливу його творчості та мислення¹.



Ніл Мак-Кормік

«Суверенітет під питанням» (*Questioning Sovereignty*) (1999) завершує працю, розпочату «Нарисами з юридичного права та соціал-демократії» (*Essays in Legal Right and Social Democracy*) в 1982 р., охоплюючи теми політики лібералізму, націоналізму й ідентичності. «Суверенітет під питанням» впливає на період його депутатства в Європарламенті, де він був членом Конвенту за майбутнє Європи² в 2002–2003 рр. Праця «Риторика і верховенство права: Теорія правового обґрунтування» (*Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*) (2005) стала його заключним словом у формуванні думки про якість правового обґрунтування — сфери, яку він оживив публікацією «Правове обґрунтування і правова теорія» (*Legal Reasoning and Legal Theory*) [1] в 1978 р. та яку він розглядав як невід'ємну частину морального і політичного теоретизування про цінність права як провідної установи нашого суспільства. Праця «Установи права: нарис з правової теорії» (*Institutions³ of Law: An Essay in Legal Theory*) (2007) задає параметри загальної юриспруденції, поєднуючи філософію та соціологію в дослідженні таких інститутів, як договірне право, право власності та сімейне право. Його остання праця «Практичний розум у сфері права і моралі» (*Practical Reason in Law and Morality*), опублікована в 2008 р. незадовго до смерті, є кульмінацією серії; вона викладає дослідження проблематики практичного розуму, розглядає те, як слід жити і розсуджувати, перетворюючи цю працю на фундаментальну.

Це есе розглядатиме три теми з його праць у загальних рисах.

2.1. Установчий правовий позитивізм

«Установи права: нарис з правової теорії» викладає характеристики загальної юриспруденції у вивченні установ у межах права. Із цим завданням давно

¹ Всі ці роботи опубліковано видавництвом *Oxford University Press*.

² Орган, уповноважений на підготовку Конституційного договору Європейського Союзу (прим. перекладача).

³ Тут і надалі англійське слово *institute* перекладатиметься як установа. Слово інститут також може вважатися адекватним, проте вибір слова установа видається більш виправданим з огляду на зміст теорії Н. Мак-Корміка — «установчої теорії права», що стане зрозумілим з прочитаного далі (прим. перекладача).

зволікали, проте Мак-Кормік вважав його фундаментальним для серйозного аналізу права з часів інавгураційної лекції 1974 р. «Право як установчий факт» (*Law as Institutional Fact*) [2]. Вона і стала відправною точкою цієї праці, як і його книга (видана спільно з О. Вайнбергером) «Установча теорія права» (*An Institutional Theory of Law*) [3]. Остання пропонує онтологію, яка, як стверджується, є основоположною для будь-якого аналізу права. Пропонується погляд, за яким насправді існуючими є «мисленневі об'єкти» — об'єкти, які існують у межах певних способів мислення, радше ніж як «людські незалежні фізичні об'єкти». Їхнє існування не вимагає постулювання платонівської царини ідей. Воно істотно пов'язане з фізичним світом, оскільки йдеться про людський світ, події (зміни) та дії якого можна пояснити, звертаючись до «мисленневих об'єктів» різних видів. Вони належать до пояснювального апарату фізичного світу, а не до чогось постульованого як ідеально існуючого щодо існування фізичного світу чи незалежно від нього.

Початковою демонстрацією онтологічної проблематики, досліджуваної авторами, стало пояснення існування таких елементів, як договори, довірчі товариства тощо, які явно видаються існуючими, але настільки ж ясно видаються неіснуючими, як і дерева та капуста. Тут вони опираються на теорію «установчих фактів», розвинутих Е. Енском і Дж. Серлем [4]. Останні відзначали існування складових, які, як видається, існують у світі абсолютно незалежно від людських цінностей, суджень, способів мислення, які вони назвали «грубими фактами». Існування об'єктів такого гатунку не залежить або, як видається, жодним чином не залежить від нашої волі та не є результатом нашої усталеної поведінки чи впорядкування. Інші елементи, навпаки ж, як видається, не існують у такий спосіб. Візьміть, для прикладу, гол, забитий у футбольному матчі. Якщо хтось питає, що є забитим голом, то не віднайде матеріального об'єкта, який би це позначав. Неможливо вказати на м'яч, який перетинає лінію, і сказати: «Це те, що мається на увазі під голом». І все ж можна дохідливо говорити про те, що гол таки був. Ці факти можуть називатися, за Серлем, установчими фактами:

«[що] дійсно є фактами, проте їхнє існування, на відміну від існування грубих фактів, передбачає наявність певних людських установ. Тільки беручи до уваги установу шлюбу, можна стверджувати, що певні форми поведінки констатують одруження пана Сміта і пані Джонс. Так само, тільки завдяки установі бейсболу певні рухи, які вчиняють чоловіки, становлять перемогу «Доджерс» над «Джаянтс» 3:2 за подачами. Навіть на побутовому рівні лише завдяки установі грошей у моїй руці зараз перебуває 5-доларова кутюра. Без цієї установи це лише аркуш паперу з різними зеленими і сірими маркуваннями» [4, с. 51].

Так пояснюватиметься і «гол» з огляду на установу футболу як гри, так само, як гол може бути забитим (і таким чином «існувати») у футбольному матчі, так і юридичні особи, як видається, можуть існувати в деяких системних межах. Так само й, коли хтось заходить до автобуса, укладається договір із автобусною компанією, але ніхто не може вказати на це в матеріальному світі. Ми не можемо вказати на фізичних осіб під час посадки в автобус і купівлі квитків і сказати: «Договір — це саме ця фізична подія». І все ж ми можемо, що й роблять постійно юристи, говорити доступно, що договори укладаються і, отже,

«існують». Багато з цього погляду залежить від поняття нормативних і установчих правил. Серл у зв'язку з цим зазначає:

«Хочу прояснити різницю між двома різними видами правил, які називатиму регулятивні та установчі. Я досить впевнено стверджую про цю відмінність, проте її складно з'ясувати. Для початку зазначимо, що регулятивні правила регулюють апріорно або самостійно існуючі форми поведінки, наприклад, багато правил етикету регулюють міжособистісні стосунки, які існують незалежно від правил. Але конститутивні правила не просто регулюють, вони створюють або визначають нові форми поведінки. Правила футболу чи шахів, наприклад, не просто регулюють гру в футбол чи шахи, а вони ніби створюють саму можливість грати в такі ігри. Діяльність гри в футбол чи в шахи конститується діями згідно з (принаймні значною мірою) відповідними правилами. Нормативні правила регламентують вже існуючу діяльність, чиє існування логічно незалежне від правил. Установчі правила являють собою (а також регулюють) діяльність, існування якої логічно залежить від правил» [4, с. 33–34].

Так і в футболі установчі правила встановлюють, що вважати забитим голом; регулятивні — що з ним робити (додати одне очко до загального рахунку, розпочати з центру поля тощо). Але зверніть увагу на те, що цей аналіз стосується об'єктів, які є фізичними. Є дерев'яні речі, які ми називаємо «воротами», є позначення на покритті, названі «лінією воріт». Ці об'єкти, які розглядаються як шматки дерева або як мазки крейди на траві, є фізичними об'єктами, які можуть і будуть існувати незалежно від того, чи гратиметься завтра в футбол чи весь людський рід буде знищено раптовою й руйнівною чумою. Але, вважаючись стійками або лініями воріт, вони обов'язково тлумачаться з точки зору установчих або регулятивних правил (а ми ж знаємо, що існування фізичних об'єктів у певному місці, як правило, зумовлене тим, що хтось зреагував відповідно до положень цих правил, бажаючи «грати» цю «гру»).

Зауважмо розмежування Серлі, детальніше розроблене в «Установчій теорії права». За Мак-Корміком, твердження про те, що договір існує, передбачає прийняття певного уявлення певних відносин між двома особами, а саме тих, які встановлено у межах певних організованих груп людей, в цьому випадку — юридичної професії: суддів, співробітників правоохоронних органів тощо. У цьому світлі можна стверджувати й про те, що таке сама «установа». З юридичної точки зору договори, заповіти тощо існують тимчасово. Вони створюються деякими діями чи подіями та продовжуються до моменту їхнього припинення іншими діями чи подіями. Мак-Кормік припускає, що існують три особливості, які формують наше використання цих понять:

(1) «установчі правила» (*institutive rules*) — окремі правові норми, які встановлюють «умови, необхідні для існування кожної [будь-якої] такої установи»;

(2) «наслідкові правила» (*consequential rules*) — набір правил, які деталізують наслідки щодо прав, обов'язків, повноважень, які виникають унаслідок створення певного випадку будь-якої такої установи. «Для кожної установи є звід правил, оперативним фактом якого є існування випадку такої установи»;

(3) «припиняючі правила» (*terminative rules*) — право передбачає припинення певних установ у певний момент часу.

Отже, для Мак-Корміка термін «установа права» (*institute of law*) означає:

«ті юридичні поняття, які регулюються сукупністю установчих, наслідкових і припиняючих правил, в результаті чого їхні випадки існують упродовж певного часу, від появи установчої дії або події до настання завершальної дії чи події» [Мак-Кормік і Вайнбергер, 1986, с. 66].

Слід розмежовувати й установи як такі та випадки установ; установу договору і який-небудь конкретний договір або дію укладання договору:

«Існування установи як такої залежить від певної правової системи і залежить від того, чи така система містить (чи не містить) відповідний набір установчих, наслідкових і припиняючих правил. Якщо так, то поява такої події або виконання певних дій має завдяки правилам ефект введення в буття випадку установи» (с. 66).

Це і є суть внеску Мак-Корміка в «Установчу правову теорію». Це його варіант теорії про те, як «мисленнєві об'єкти», за ідеєю Вайнбергера, стають частиною буття.

Що стверджує ця теорія? По-перше, як вказує Мак-Кормік, вона означає, що люди можуть збільшити кількість фактів у світі, не збільшуючи кількості матеріальних речей. Договір перевезення в автобусі, гол у футболі фізично не існують, але можуть уявлятися як існуючі. Це також вказує на те, як фізичні об'єкти залежать від об'єктів нефізичних, як і навпаки. За Мак-Корміком, важливою є й здатність цих установ створювати довгострокові зв'язки і, таким чином, створювати те, що він називає «діахронічною практичною інформацією». Це стає актуальним, коли ми прагнемо стабілізувати миттєву практичну інформацію (інформацію щодо дій на кожен конкретний момент часу), яку ми отримуємо і зменшуємо фактор випадковості у наших діях. Так, установка договору зв'язуватиме воедино різноманітні дії багатьох учасників. Отримані відтак факти уможливають прийняття практичних рішень, вмотивованих довгострокових рішень щодо того, що повинно бути зроблено. Мак-Кормік у зв'язку з цим зазначає:

«У будь-який конкретний момент можливо розглянути умови існуючих домовленостей, розтлумачених у світлі наслідкових правил, і, з урахуванням подій і обставин, розтлумачених у тому ж світлі, можна отримати миттєві наслідкові обов'язки, свободи та повноваження когось щодо цієї угоди. Це показує міру можливостей практичної правової думки бути не хаотичною відповіддю на нормативні вимоги або їхню відсутність, а принаймні почасти — можливість постійного та передбачуваного процесу, в якому можливе певне надійне планування» [с. 79].

Право як «установчий факт» — це спосіб упорядкування нормативної діяльності. Коли ми вступаємо в певний установчий механізм, ми керуємося певними, задалегідь заданими шляхами, закладеними установчими правилами. Це допомагає нам визначити наші права та обов'язки й те, що ми повинні зробити без того, щоб прийняти окремі та складні рішення на кожному етапі. Але вона не тільки дає нам цю можливість, але і дозволяє іншим планувати свої дії та визначати права та обов'язки щодо один одного.

За установчою теорією Мак-Корміка, ці установи можна зрозуміти лише в тому, що вони створюються актами волі або подіями, заснованими на «установчих правилах», які логічно передують цій установі. Але якщо ці правила логічно

передують започаткуванню установи і це визначено їхніми умовами, то як вони виникають? Це питання вказує на проблему. Попри певну узгодженість онтологічного опису права як установчого факту і, отже, у певному сенсі того, що існує завдяки (нормативним) правилам, вона не чітко вирішує питання про існування або онтологію цих правил — що означає, що певне правило існує? Одна з причин цього, можна припустити, — істотна відмінність між двома авторами щодо базових принципів. Мак-Кормік успадковує британську емпіричну традицію і, як і раніше, наполягає, як мені видається, на практичній теорії правил — про те, що правила і нормативність повинні засадничо ґрунтуватися в соціальній практиці, яку можна розглядати в світовій практиці, тоді як Вайнбергер прагне це зрозуміти з позицій Канта і Кельзена.

Можлива відповідь, якій віддає перевагу Мак-Кормік: правила можуть виникати зі звичаю. Його спеціалізована форма — судовий прецедент. Можливо віднайти в прецедентному праві наочні приклади ланок рішень, які виникають для того, щоб упорядкувати певну проблему, яка, регулюючи поведінку певним чином, є основою для установи, яка згодом може бути сформульована і названа. Це буде залежати від того, як концептуалізуються правила, але буде основою для дій, які зрештою виникають із практичних змістовних причин прийняття рішення. Саме таким чином можна пояснити, як ці установи розвивалися завдяки звичаю чи прецедентному праву. Мак-Кормік розвиває цей погляд, розглядаючи всю основу онтологічного статусу нормативності в «Установах права». У праці цей аналіз розвивається за допомогою прикладу масового обслуговування. Останнє, як він описує, є звичайною практикою, що залежить від певних припущень. Ми «займаємо нашу чергу» й робимо винятки для надзвичайних ситуацій тощо, і хоча ніколи не буває повної відповідності, є своєрідний мінімальний рівень перед тим, як ми могли б назвати певну практику чергою.

«Було б практично неможливим бути єдиною людиною, яка «займає свою чергу», оскільки «черга» вимагає взаємно скоординованої діяльності двох або більше осіб. Коли істотна більшість потенційних конкурентів за певну можливість не визнає своєї черговості, це означає безглузде самозречення, якщо одна або кілька осіб діють так, наче більшість інших готова зайняти свою чергу» [с. 14].

Це й зумовлює нормативність за Мак-Корміком.

«Оскільки за наявності черги за чимось, чого ви хочете, ви повинні зайняти своє місце в ній, і люди, які займають свою чергу, роблять це тому, що, на їхню думку, це те, що слід зробити, тобто слід робити в цьому контексті. «Слід» (належність) як дороговказ дії попереджає нас про наявність певних норм, а також нормативний характер уявлень, які мають люди в таких умовах» [с. 15].

Але це також і нормативний порядок, оскільки чи мірою того, як це можна пояснити з огляду на те, що актори в тому, що вони роблять із огляду на думку щодо того, що вони та інші повинні робити. Ми можемо брати до уваги зовнішній порядок, доступний для сприйняття в такому випадку шляхом поставлення цього в дію особам, які мають певне взаємне усвідомлення чогось (обізнаність), а також спільні або взаєморівні очікування. Результатом стає своєрідна спільна дія взаємно обізнаних учасників. Кожен діє з огляду на розуміння (або припу-

щення, не обов'язково окремо сформульоване), що кожен з-поміж інших зорієнтований на уявлення щодо того, що кожен повинен робити. Це уявлення про те, що люди повинні робити, залежить від того, що Е. Лагерспец (*Lagerspetz*) охарактеризував як «взаємні переконання», становить невидиму норму, яка може бути зроблена видимою в спосіб, запропонований вище [с. 17].

Для цього не потрібні зовнішньо сформульовані норми, проте існують неявні норми, які загалом визнаються і дотримуються. Так що для нього в принципі основоположним є те, що люди — нормокористувачі, чий спосіб життя залежить від визнання цих упорядкованих моделей і здатності бачити їх у певних умовах щодо того, що є правильним чи неправильним і що слід робити. Так, перехід до більш формальних правил і позитивного права можна розглядати як крок, який заснований на цих практиках цих «неявних» норм, яких, зрештою, може бути достатньо для конституювання нормативного порядку.

Проте коли необхідно подолати проблеми «явно ендемічні в неофіційному нормативному порядку», Мак-Кормік показує, як це робиться, на прикладі установчої черги, коли люди збираються разом, засвідчуючи ситуацію стосовно товарів або послуг. Унаслідок цього нормативна практика черговості (масового обслуговування) стає дещо формалізованою шляхом додавання другого рівня нормативної практики (яка, можливо, також виникла неформально) — уповноваження когось на контроль черги і прийняття рішення щодо усталеності практики в разі проблем із тим, як слід чинити в разі спору про місце в черзі тощо. Тепер у нас є два рівні й більше нам не доведеться покладатися на нечіткі та неявні норми. Зараз є настанови керівника або щодо того, як застосувати перший рівень норм, або ухвалювати настанови щодо їхнього змісту. Відтак існує певна ясність. З цього неформального рівня формалізації можна згодом перейти до формалізації позитивного права, щоб створити повноцінну правову установу. Можливі різні типи установ, відомств, чії функції — діяти в різних формах, як-от законодавчі органи, компанії тощо; також існуватимуть й «установчі узгодження», такі як договори та заповіти, але всі вони будуть згадуваними вище правилами трьох видів [5].

Проте попри відмінності між цими рівнями формалізації, між неформальними нормами і правилами, які були розроблені неявно або іншим способом особами із владою, а потім за законом, завжди засадничо існуватимуть підстави протистояти нескінченному регресу, зрештою завершуючи виробленням звичайних норм. Саме ці установи, які Мак-Кормік вважає у своїй книзі такими, що знову відроджуються в англосаксонському науковому світі, цікавлять в цілому юриспруденцію та вдосконалюють онтологію та методологію, з дослідження яких він розпочинав.

2.2. Локальний космополітизм

«Суверенітет під питанням» — ключова книга з цієї проблематики. Вона завершує роботу, розпочату «Нарисами з юридичного права та соціал-демократії» (1982), в якій Мак-Кормік безпосередньо висловлює свої погляди в контексті правової, соціальної та політичної теорії та виступає із сильною ліберальною соціал-демократичною позицією. Ця книга, безсумнівно, вплинула на його

депутатську роботу, коли він був членом Конвенції заради майбутнього Європи у 2002–2003 рр. Мак-Кормік розглядав свої філософські погляди як сумісні з тією роллю, яку він відігравав у націоналістичній політиці в Шотландії та на європейській арені. В автобіографічних записках, які він мені показував, Мак-Кормік зазначає, що його погляди з цього питання викладені в таких двох цитатах у праці «Суверенітет під питанням»:

[Ідея «ліберального націоналізму»] має істотне значення для ідеї громадянського націоналізму. «Громадянський націоналізм» визначає націю з позицій вірності її членів певним інститутам громадянського суспільства. Під цим розуміються в широкому сенсі включно такі складові, як, наприклад, юридичні норми та інститути, політичні представницькі органи, підрозділи державного і місцевого самоврядування, заклади освіти, церкви та релігійні громади в їхньому світському аспекті та інші подібні установи, які мають чітке територіальне розташування, до якого вони належать. Значення мають як інститути громадянського суспільства, так і інститути держави. Територіально розташовані громадянські інститути можуть бути для людей предметом вірності, які розуміють їх як «свої», такі, що виконують серед них власні функції. Як громадянські інститути, вони мають велике політичне значення для спільноти, яку певною мірою вони й визначають.

Природно, що є можливим і бажаним для таких громадянських інститутів охоплювати конституцію і повний арсенал державності. Можливо, без цього якість громадянськості інститутів громадянського суспільства є надто сумнівною. Але було б помилкою вимагати цього, за визначенням, оскільки це б означало підтримання в принципі й так спростовуваного припущення про те, що нині існуючі держави включають і сукупність націй і принаймні сукупність націй в громадянському сенсі.

Так чи інакше, чи громадянська нація є державою, або представлена державою, або тим більше незалежною суверенною державою, основна позиція громадянської нації в тому, що в принципі вона відкрита на засадах добровільного членства. Співтовариство, характеризоване вірністю до установ, відкрите для всіх, хто хоче жити на його території та стати лояльним установам. Покинути це співтовариство заради іншого місця та інших обов'язків також є можливим і не вважається зрадою. Особа винна у зраді лише в разі, якщо, залишившись частиною співтовариства, вона непомітно підриває його інститути, водночас нібито поважаючи їх та залишаючись їм лояльною. (Безсумнівною є відмінність між секретними диверсіями та відкритою критикою, якою б нежорсткою вона не була, інститутів громадянського суспільства, що може вважатися неспроможною, застарілою і тому подібною) [с. 170].

Існують, принаймні на перший погляд, підстави для існування певного права на повагу чи повагу до національної ідентичності у межах поваги до осіб, оскільки основа поваги до людини — повага до того, що стосується індивідуальності. Морально виправдані політичні принципи повинні враховувати почуття національності, засадничо властивого індивідуальності, в тому обсязі, в якому воно є життєво важливим для багатьох людей для їхнього самоусвідомлення та почуття власної гідності у визнанні членами певних легітимних і таких, що користуються повагою, спільнот людей [с. 183].

Так що для Мак-Корміка націоналізм не означав реакціоністського відступу, відходу від ліберальних поглядів, яких він дотримувався в усіх своїх працях. Він сумісний із ліберальною соціал-демократією, оскільки вона не «обмежує», а «розширює» та гостинно приймає інше, трансформувавшись і перетворюючись разом із привнесеним ззовні. Для нього це основа, на якій повинен засновуватися усякий справжній космополітизм, і, отже, йдеться, якщо перефразувати Н. Волкера, про локальний космополітизм [6].

Це найкраще видно в його працях про Європу, в яких задіяні ці фактори. Починаючи з його фундаментальної статті «За межами суверенної держави» [7] і продовжуючи «Суверенітетом під питанням», Мак-Кормік розробив, показавши неспроможність традиційної теорії права пояснити унікальну природу Європейського Союзу, теорію поліцентричних «об'єднувальних нормативних порядків», які ставлять під сумнів ідею суверенітету як цілісну та неподільну. Так, ЄС може розглядатися як єдине ціле, що може об'єднувати кілька легітимізаційних центрів (*sites of validity*), складаючи цілісну систему, не обмежену традиційною державницькою теорією права. Остання вимагала одного центру для однієї системи, і ЄС розглядався або як сукупність держав, об'єднаних договором, або як одна супердержава. Це було початком важливої методологічної розробки, що включає в теорію права та дослідження останньою ЄС методологічний інструмент легітимізації (*validity*). Маючи справу з питаннями, які ставить до теорії права ЄС, Мак-Кормік став однією з домінуючих постатей досліджень європейського наднаціонального права, помітно впливаючи на праці багатьох найкращих учених цієї галузі.

На підтримку зазначеного наведемо приклад, що доводить: націоналізм не повинен бути обмежуючим, а, насправді, охоплюючим. Коли ми концептуалізуємо Союз як систему взаємопов'язаних нормативних сфер, він не повинен бути нашаруванням вертикальних ідентичностей на зразок російської «матрьошки», коли «менші» ідентичності поглинаються «більшими», як-от: шотландська, британська, європейська. Радше ідентичності, зокрема європейські, горизонтально взаємопоєднуються. Визначаючи себе шотландцем, я при цьому не повинен виключати чогось: казати, що я шотландець, тому що не англієць, але ми обоє — європейці. Мені не потрібно виключати англійця, оскільки я бачу його частиною того, чим я визначаю себе, оскільки я привношу англійськість у свою особистість, коли намагаюся та розбираюся в собі як європеєць. Істотним є вважати себе шотландським європейцем (а не навпаки), оскільки ідентичність — засаднича локальність. Відтак, я розумію, що моя особистість зараз складається, принаймні частково, з тих, кого я виключив раніше з аналізу — англійців. Це так, оскільки вважати себе шотландським європейцем означає й те, що я повинен визнати, що це означає, що частина мого шотландства є англійська, оскільки вони є англійськими європейцями. Так що моя шотландська ідентичність змінюється, як і моя європейська ідентичність. І англійці, і французи, і німці та інші роблять це так само, як і інші групи нижчих рівнів всередині національної держави. Це означає, що ми зважаємо на нюанси до нашої ідентичності, що, з огляду на численні міждисциплінарні схрещення, обмеження та охоплення, означає: ніхто не є повністю відмежованим. Понад те, оскільки йдеться про постійних рух, я ніколи не буду

в стані постійного виключення, оскільки ніхто не може сказати, до чого мене приведе наступна зустріч. З огляду на це європейська ідентичність не обов'язково всеосяжна, оскільки вона сама починається у місцевому співтоваристві в тому сенсі, що ми можемо бачити її як таку, що складалася зі спільнот тих, хто живе і працює для Європи в європейських структурах і периферійних установах. Саме їхня взаємодія з іншими ідентичностями створює ще більш універсалістську європейську ідентичність, що також розміщується в іншій місцевій громаді — «шотландських європейців». Саме ця модель була дуже важливою в дебатах щодо включення держав Центральної та Східної Європи, й зараз ми бачимо, як дебати щодо розширення на Схід та Південь відступають від цієї моделі. Мак-Кормік як науковець і політик працював над деякими різновидами цієї моделі й на основі цього над формами соціального лібералізму, не поглиненого універсалізмом, а натомість, як я намагався показати, специфічно локального.

Такий соціальний лібералізм відображений і в поглядах Мак-Корміка на право та верховенство права та на правову державу. Він вважав, що право має життєво важливе значення і що ліберальне суспільство віддано функціонує за правом, вважаючи право своєю етичною основою. Це було:

«позицією правової політики, за якою питання правового регулювання або спорів повинні, за можливості, регламентуватися відповідно до наперед визначених правил зі значною мірою загальнообов'язковості та чіткості, в яких правові відносини включають передусім права, обов'язки, повноваження та імунітети, які досить чітко визначено посиланням на такі правила і в яких акти уряду, якими б бажаними вони не були, телеологічно повинні бути підпорядковані повазі до правил і правам» [8].

Для Мак-Корміка давні дебати навколо позитивізму (за і проти) були неплідними. Важливішим було вирішити ключові питання життя. Це стосувалося не лише того, яким повинно було бути право та як його застосовувати. Це стосувалося й того, як суспільство може прозоро та чітко розмірковувати про це. І все це знову порушує питання управління сферами взаємодії загального та особливого. Саме цей аспект його роботи розглянемо наступним.

2.3. Правове обґрунтування: загальне та особливе

Правове обґрунтування та правова теорія — це сфера, в якій закладено основу теорії правового обґрунтування Мак-Корміка. Якщо стисло, то він стверджує: основа будь-якого рішення в праві — це внормоване підведення (субсумція) сенсу певної справи, що приймає форму того, що він називає дедуктивним силогізмом: це правило стверджує, що «якщо трапляються умови ОС, тоді слід вчиняти дії Р, умови ОС мали місце, тому потрібно вчинити дії Р». Все це, очевидно, набагато складніше у конкретних справах, і в своїй книзі він дає вичерпний виклад цього процесу, використовуючи справу 1938 р. «Деніелс проти ТОВ Р. Вайта та синів та Тарбарда» (*of Daniels v. R. White and Sons Ltd. and Tarbard* [1938] 4 All E.R. 258), в якій бармен продав пляшку лимонаду марки Р. Вайта покупцю, а лимонад виявився забруднений карболовою кислотою, що завдало шкоди покупцю і його дружині.

У нескладних справах цей дедуктивний силіогізм превалує. Їх не можна ідентифікувати лише за посиланням на семантичний/синтаксичний зміст слів, що містяться в правилі. Інші аргументи (наприклад, аргументи принципу) можуть перетворити семантично просту справу на юридично складну справу. У важких справах дедуктивний силіогізм залишається основою обґрунтування, на чому й завершується обґрунтування. Але хоча він структурує рішення, цього не завжди буде достатньо і, можливо, будуть потрібні інші обґрунтування. Щоб виробити достатньо обґрунтоване рішення щодо новели чи складного питання, суддя повинен прийняти рішення щодо питання у справі. У зв'язку з цим для Мак-Корміка задіюється ідея фальсифікації Поппера. Суддя приймає гіпотезу про те, яким буде право, та випробовує її, намагаючись фальсифікувати її. В цьому процесі він зважає на наслідки такого рішення. Але такі очевидно широкі повноваження не є необмеженими для нього, оскільки вони обмежуються тим, що можуть реалізовуватися тільки завдяки узагальненню. Рішення судді повинно стосуватися в узагальненій формі справи, яка розглядається судом, та всіх інших за видом, визначеним резонами, визначеними судом у рішенні. Мак-Кормік розглядає це як вимогу формальної справедливості. Як приклад, Мак-Кормік розглядає справу 1972 р. «Лондонська міська рада району Глінг проти Ради з питань расових стосунків» (*Ealing London Borough Council v Race Relations Board* [1972] A.C 342) щодо дискримінації «за ознакою кольору шкіри, раси, етнічного або національного походження», включно з належністю до держави. Мак-Кормік зазначає, що поставлене питання не є особливим, радше що головуючий суддя лорд Ділгорн

«вважає за необхідне вирішити, чи будь-який акт дискримінації щодо кожного на тій підставі, що він не є британським підданим, є дискримінацією за ознакою «національного походження». Це не питання про певний акт дискримінації — це логічно узагальнене питання» [с. 78].

Суддя таким чином узагальнює (універсуалізує) факти конкретної справи, справи польського екс-комбатанта, якому під час перебування у Великій Британії після війни через політичну ситуацію в Польщі і збереження польського громадянства відмовили в муніципальному помешканні через відсутність британського підданства. Цим узагальнюється питання, чим обмежується розсуд судді, який тепер не може розглядати наслідки справи лише щодо цієї нещасної людини, але й для всього класу непідданих Великої Британії. Ці рішення згодом ще більш обмежені вимогами когерентності, тобто того, що вони повинні узгоджуватися з усією базою законів, що означає істотність ролі принципу, оскільки саме так вибудовується один із способів узгодження. Нарешті і радше з позицій позитивізму, рішення повинно узгоджуватися з існуючою масою законів.

В цьому відслідковується взаємозв'язок між загальним і особливим. Подібно до того, як Мак-Кормік розробив проблематику в працях про націоналізм, ідентичність і ліберальну соціал-демократію, він розробляє цю проблематику у своїх пізніх працях про правове обґрунтування. Ці розробки найбільш чітко викладені в розділі 5 праці «Риторика та верховенство права», в якому він стверджує:

«обґрунтування без узагальнення неможливе, а мотивація не потребує узагальнення; але пояснення вимагає узагальнення. Для конкретних фактів — або

конкретних мотивів — для обґрунтування причин, вони повинні бути приведені ми за відповідним принципом для дії загального порядку» [с. 99].

Цей аргумент розглядається в контексті справи 2001 р. про дітей — сіамських близнюків щодо їхнього хірургічного поділу (*Children Conjoined Twins: Surgical Separation* [2001] 4 All ER 961). У цій справі питання полягало в тому, чи хірурги мають законні підстави для хірургічного роз'єднання сіамських близнюків, якщо в результаті такої операції одна із близнюків, Марія, однозначно помре, тоді як без операції і вона, і Джоді, яку б в іншому випадку можна було врятувати, можуть померти. Ця справа та розділ, присвячений її викладу, стали предметом своєрідного ювілейного збірника для Ніла, в якому багато хто з його уже досвідчених колишніх студентів прокоментував його погляди. Мак-Кормік зазначає, посилаючись на суддю Варда, що:

«щоб не здалося, що це рішення могло б стати підставою для ширшого використання, як, наприклад, для лікаря, який, як тільки визначить, що пацієнт не зможе вижити, може вбити пацієнта, важливо знову відзначити унікальні обставини, яких стосується ця справа та рішення. Вони такі, що повинно бути неможливим зберегти життя Х, не спричиняючи смерть Y, що Y своїм триваючим існуванням неминуче призведе до загибелі X упродовж короткого періоду часу, і що X здатна на самостійне життя, але Y не здатна на таке за жодних обставин (включаючи всі форми медичного втручання) життєздатного незалежного існування. Як я вже зазначив на початку цього рішення, справа дуже унікальна [Суддя Вард]».

Унікальність, як можна було б заперечити, не допускає рівнів (як щось може бути «дуже унікальним?»). Зрозумілий наголос судді на «унікальному» характері справи слід розуміти як «малоймовірність його повторення». Проте річ у тім, що остаточне рішення судді визнає, що справа, якою б незвичною, якою б неповторною вона не була, навряд чи повториться, повинна розглядатися у праві як справа типова, як узагальнено викладена ситуація. Без сумніву, в реальному житті дуже мало реальних прикладів відносин, подібних до тих, які мали Х і Y, описані вище Вардом. Проте річ у тім, що якщо вони повторяться, то в аналогічній ситуації врятувати Х ціною завчасної смерті Y було б так само виправдано, як у справі Джоді та Мері. І якщо таке не було б виправданим у такій уявній справі, то воно не може бути в ретельно розглянутій та описаній справі, яка зараз перебуває на розгляді суду, тому що йдеться не про особливі стосунки взаємодії Джоді з Мері, що виправдовують таке рішення, а певні зазначені аспекти відносин між ними в контексті конкретної практичної дилеми. Ці аспекти справедливо представлені суддею як виправдання свого рішення для належного способу вирішення дилеми. Річ у тім, що продовження життя Мері спричинить смерть Джоді, тому що її легені не можуть підтримувати життєдіяльності їх обох упродовж наступних тижнів, що унеможливує збереження життя Джоді і забезпечує їй можливість нормального існування — без проведення операції. Проте річ і в тому, що операція неминуче призведе до смерті Мері. Вони обоє мають право на життя, але право Джоді може бути забезпечене лише завдяки виконанню операції, що спричинить кінець життя Мері. Якщо б ви сказали, тим не менш, що виконання операції є правильним і що це єдиний випадок за всю історію життя на Землі, що така операція буде правильною,

незалежно від того, чи близнюки, спарені так само, коли-небудь з'явилися б знову, по суті, це було нечітким. Якщо відносини саме такого роду були б такими, що виправдовують операцію в будь-якій справі, то так повинно бути у всіх справах, як би рідко, ми сподіваємося і за це молимося, не траплялися такі випадки. Виправдання «тому що» є універсальним містком в такому розумінні: для певної дії бути правильним через певну ознаку або набір ознак у певній ситуації означає змістовно, що таке саме діяння повинно бути правильним у всіх ситуаціях зі змістовно такою ж ознакою чи ознаками. У зв'язку з цим можливі винятки, що стосується того, що відповідні додаткові ознаки можуть змінювати правильний результат, але винятки є допустимими тільки у разі, якщо вони в свою чергу мають ті ж універсальні якості. Ми повинні мати справу з деякою додатковою сукупністю відносин, що у свою чергу, якщо вони мають місце повторно, можуть бути прийнятні, щоб виправдати такий самий виняток у подібній справі в майбутньому [9, с. 16].

Отже, загалом певний ліберальний універсалізм — основа теоретизування Мак-Корміка, а особливе, враховуючи його місце, обмежене та здійснюється з урахуванням параметрів універсального. Але це не означає, що праця Мак-Корміка перевантажена своєрідним прохолодним кантіанством, позбавленим емоційності. Знову ж таки в цьому можна впевнитися, розглянувши його розмірковування над справою сіамських близнюків. Для цього він задіює сентименталістські теорії А. Сміта. На думку Мак-Корміка, Сміт показує перехід від наших безпосередніх емоційних реакцій до виправдання. Мак-Кормік убачає це в формі «неупередженого глядача», який, за конструкцією Сміта, є моделлю повноцінно поінформованого неупередженого глядача, який, зрештою, й розглядає ситуацію, що відповідає, відповідно до позицій Мак-Корміка, формі універсалізації (узагальнення). Ця проблематика всебічніше розкрита в його останній книзі «Практичний розум у галузі права та моралі», яка намагається об'єднати раціональність Канта та співчуття (спільність) Сміта в моралі та практичному обґрунтуванні. У цій книзі Мак-Кормік розглядає саме ті питання, про які йшлося вище. Цим він бореться зі своїми емоційною та раціональною сторонами, намагаючись їх охопити. Це, мабуть, його найбільш особиста книга, написана тоді, коли він вже помирав, не маючи багато часу для її написання. Але, можливо, це й не погано: через брак часу він міг сказати те, що він відчував, що було добре з цього погляду. Він не дозволив раціональному придушити емоційне — в цьому сенсі це відповідає якостям Мак-Корміка як людини.

3. Висновок

Проте все наведене навряд чи віддає належне особистості Мак-Корміка. Тому завершу виклад деякими особистими міркуваннями. В академічній роботі Ніл завжди активно займався зі своїми колегами і студентами. За характером це заняття було пристрасним і морально-інтелектуальним. Воно для нього було частиною покликання академічного життя і чимось внутрішньо йому притаманним. Мак-Кормік серйозно ставився до своїх обов'язків. Те, чим він займався, він вважав не роботою, а покликанням — тим, чим йому пощастило займатися (та ще й за винагороду). Він був надзвичайно відкритим і щедрим. Він був

надихаючим учителем і вважав це важливою частиною свого академічного покликання. Ніл віднаходив час для кожного: від першокурсників до старших колег по факультету. Його двері завжди були відкриті, він завжди пропонував конструктивну та зважену критику. Він був майстром складного мистецтва балансу критики та позитиву. Йому було складно бути зовсім негативним. Він був непереборним оптимістом і завжди міг відшукати щось цінне в чомусь чи комусь, тому що вірив у те, що таке було. Він завжди міг навіть пронизливі критичні зауваження обернути позитивним і обнадійливим чином. Це те, що зробило його винятковим науковцем і чудовим колегою та вчителем. Коли він займався з вами, то він підносив вас і оживляв ваші застигли ідеї, він трансформував вас у щось не обов'язково краще, але в те, чим би ви могли б пишатися, частково тому, що він зробив вас супутником небезпечного пошуку істини, який, як казав С. Вейль, є «їжею для душі».

Як один із його перших учнів, все це я пережив на собі. Він викладав у мене курс юриспруденції, коли розпочав викладати на юридичному факультеті в Данді, починаючи наукову кар'єру. Я знаю його як учня, викладача, старшого колегу та наставника, співавтора і друга, і мій інтелектуальний та особистий борг неможливо осягнути. Перед смертю він попросив мене прочитати притчу про милосердного самаритянина на церемонії його відспівування. Зробити це було привілеєм. Крім того, ця притча була підходящою. Він був теплим, люблячим і розумним чоловіком, присутності якого нам багатьом буде не вистачати, й особливо сильно — мені.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ¹

1. Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Clarendon Press (1978) (2nd edition, 1994, Oxford University Press).
2. 'Law as Institutional Fact', 90 Law Quarterly Review 102–129.
3. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism, with O. Weinberger D. Reidel.
4. Searle, Speech Acts, Cambridge University Press, 1969 G.E.M. Anscombe, On Brute Facts, Analysis 18, 1958, p. 69–72.
5. See Del Mar's introduction in Del Mar, Bankowski (2009), Law as Institutional Normative Order Ashgate Publishing Company.
6. Walker, N 'The Cosmopolitan Local' in Menendez, Agustín Jos; Fossum, John Erik (Eds.) (2011) Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory Chapter 1.
7. 56(1) Modern Law Review 1–18 (1993). See also 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', 1(3) European Law Journal 259–266. Translated into German, as 'Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute' 50 Juristenzeitung 797–800.
8. MacCormick, D. N. (1989), 'The Ethics of Legalism', Ratio Juris, 2 (2), 184–93 at 184.
9. 'Particulars and Universals' in Z. Bankowski and J. MacLean (eds.), The Universal and the Particular in Legal Reasoning, Aldershot: Ashgate, 16.

¹ Посилання на праці подаються в авторській редакції (прим. перекл.).

Баньковскі З. Ніл Мак-Кормік

Анотація. Стаття присвячена пам'яті, життю і працям Ніла Мак-Корміка (1941–2009) — видатного філософа права, політика, президента Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), підготовлена його учнем, професором Зеноном Баньковські, в перекладі В. Бігуна. Стаття коротко викладає віхи життя вченого, а також розглядає деякі основні його праці та ідеї. Зокрема, вони присвячені проблематиці установчого правового позитивізму, локального космополітизму і правового обґрунтування (в аспекті загального і конкретного). У кінці статті дається уявлення автора про особистість Н. Мак-Корміка як людини.

Ключові слова: філософія права, теорії права, Ніл Мак-Кормік.

Баньковски З. Нил Мак-Кормик

Аннотация. Стаття посвящена памяти, жизни и трудам Нила Мак-Кормика (1941–2009) — выдающегося философа права, политика, президента Международной ассоциации философии права и социальной философии (IVR), подготовленная его учеником профессором Зеноном Баньковски, в переводе В. Бигуна. Стаття кратко излагает вехи жизни ученого, а также рассматривает некоторые основные его труды и идеи. В частности, они посвящены проблематике учредительного правового позитивизма, локального космополитизма и правового обоснования (в аспекте общего и конкретного). В конце статьи дается представление автора о личности Н. Мак-Кормика как человека.

Ключевые слова: философия права, теории права, Нил Мак-Кормик.

Bańkowski Z. Neil MacCormick

Summary. This exclusive (in memoriam) article is dedicated to the memory and legacy of Neil McCormick (1941–2009), a prominent legal philosopher and politician, the president of the International Association of Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), prepared by his pupil Professor Zenon Bańkowski, as translated by Dr. Vyacheslav Bihun, LL.M. The article gives a brief account of scholar's life and explores some of his basic works and ideas. In particular, it covers the issues of institutional legal positivism, local cosmopolitanism and legal reasoning (in respect of the universal and the particular). Finally, it presents an author's image of the personality of N. MacCormick as a human being.

Key words: philosophy of law, legal theory, Neil MacCormick.