

ПРО ЯСКРАВИЙ ВИПАДОК НЕВИЗНАЧЕНОСТІ, АБО ПРАВОСУДДЯ ПЕРЕХІДНОГО ПЕРІОДУ І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА¹

А. ЧАРНОТА
професор права
(Університет Нового Південного Уельсу,
м. Сідней, Австралія;
Університет Білостока, Польща)



Революція у правах людини і розвиток дискурсів щодо верховенства права та правосуддя перехідного періоду

Останні двадцять з лишком років, особливо після 1989 р., ми спостерігаємо стрімкий розвиток двох типів дискурсів: щодо правосуддя перехідного періоду і стосовно верховенства права. Цим дискурсам передує дискурс щодо прав людини, який розпочався у 70-ті рр. ХХ ст. Можна сказати, що доки світ був поділений між двома конкуруючими політико-військовими блоками, права людини були суто ідеологічним інструментом. Тому, з усією відповідною повагою до демократизації, точкою відліку є 1989 р. Колапс комуністичної системи відкрив шлях до глобальної революції у сфері прав людини. Ця революція проголосила себе передусім у вигляді дискурсів щодо прав людини у всьому світі, а згодом і через реальні політичні трансформації.

Здобутком дискурсу щодо прав людини стали два інших тектонічних рухи: правосуддя перехідного періоду і верховенство права. Не можна сказати, що стратегії правосуддя перехідного періоду не обговорювалися раніше, але вони не були відомі саме як правосуддя перехідного періоду. Так само верховенство права було представлено радше в академічних дискусіях, ніж у політичному дискурсі чи розвитку політики. Деінде на межі ХХ і ХХІ ст. дискурс щодо верховенства права відбувався разом із демократичним дискурсом.

¹ Стаття, що наводиться, є доповіддю А. Чарноти на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії, який проходив 21–26 липня 2013 р. у м. Белу-Оризонті (Бразилія) на секції «Верховенство права: між теорією і практикою». Переклад з англійської Д. Вовка.

Задля розуміння подальших міркувань варто враховувати, що демократія довгий час була основним дискурсом такого роду, і раптом наприкінці 1990-х рр. цей дискурс не лише загальмував, а й був замінений на верховенство права. Як ми знаємо, демократія сумісна з верховенством права, але це не одне і те саме. Зміна дискурсу мала щось зробити з розчаруванням у режимах, що постали після диктатури, з їх високим рівнем корумпованості і порушеннями прав людини, які, хоча і у меншому масштабі, продовжували відбуватися.

Верховенство права є окремим дискурсом, пов'язаним із дискурсом про несвавільне застосування влади, який здається у цій ситуації більш доречним, ніж демократія, що вимагає, принаймні, мінімальної громадянської культури. Верховенство права стосується створення і застосування правил і норм; воно каже дещо про якість закону, однак не має відношення до Справедливості з великої літери. Ми не прагнемо довести, що верховенство права є менш амбітним проектом ніж демократія, проте він інший.

Після 1989 р. із крахом комуністичного устрою, спочатку у Центральній і Східній Європі, а потім у тому, що було Радянським Союзом, спостерігається вибуховий розвиток дискурсів щодо прав людини, демократії і верховенства права. Дискурс щодо демократії швидко зникає з публічного простору. Не лише з публічного простору колишніх комуністичних країн, а й із глобального публічного простору. Здається, що еліти розвинутих ліберальних конституційних демократій розчарувалися у перспективі впровадження демократичних інститутів у постдиктаторських країнах, особливо в Африці й Азії. Демократія ж у Європі є загальноприйнятим фактом сьогодення відповідно до Копенгагенських критеріїв, інкорпорованих пізніше у Лісабонську угоду.

Копенгагенські критерії є політичними вимогами до держав — кандидатів на членство в Європейському Союзі, які включають верховенство права, демократію, захист прав меншин і ринкову економіку. Звичайно, завжди існувала система моніторингу за державами щодо впровадження цих критеріїв до вступу до ЄС, а після негативного досвіду так званого «Східного розширення» — система моніторингу за новими членами Румунією і Болгарією і після вступу. У будь-якому випадку ставлення до цих критеріїв є суто формальним і усі посткомуністичні країни мають скоріше фасадний тип демократії, що продемонструвала остання криза в Єврозоні. У Європі, як і будь-де, розмова ведеться про урядування, а не про уряд. Це не лише семантична заміна, а й проголошення більш глибокого зсуву у відносинах влади.

Ситуація з демократією, як дискурсом, в інших частинах світу є навіть ще гіршою. Певний час указаний дискурс відіграв важливу роль у країнах Латинської Америки. Можливо, тому що він був життєздатною ідеологічною альтернативою диктаторським режимам у цьому регіоні протягом холодної війни.

Поява дискурсу щодо правосуддя перехідного періоду може розглядатися як гірша, але реальніша альтернатива дискурсу стосовно верховенства права¹. По суті, ці два дискурси виникають майже одночасно. Вони розглядаються як

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

більш досяжна, хоча і не ідеальна альтернатива демократії і правам людини. Усі чотири названі дискурси мають справи з питаннями стратегій щодо поводження з інститутами і застосуванням норм. Верховенство права є там, де діють інститути і норми, а правосуддя перехідного періоду пов'язане з інституційними стратегіями, призначеними мати справу з питаннями, які стосуються правопорушень попереднього режиму (режимів). Ці дискурси сумісні і до певної міри охоплюють схожі, але не тотожні сфери.

Правосуддя перехідного періоду

Концепт правосуддя перехідного періоду є відносно новим для дискурсу із соціоюридичних студій. Узагалі він пов'язаний із хвилями демократизації по усьому світу, які розпочалися наприкінці ХХ ст. Цей концепт має телеологічний і ідеологічний виміри. Обидва описують взаємопов'язані аспекти закінчення процесу переходу до ліберальної демократії. Ідеологічний вимір дає орієнтир для перехідної форми. Адміністратори правосуддя перехідного періоду рухаються між двома пунктами:

1) пункт відправлення (диктатура, комунізм, громадянська війна, хаос, анархія, геноцид);

2) пункт прибуття (розвинута ліберальна конституційна демократія).

Правосуддя перехідного періоду включає юридичні практики і проблеми, з якими стикаються держави і суспільства, що трансформуються, коли право використовується у двох напрямках: як засіб трансформації і як напрям трансформації. Кожна форма демократизації стикається з різними викликами, і правосуддя перехідного періоду у різних гарячих точках світу має свої власні проблеми. За мирної трансформації найбільш важливе питання — це мати справу з минулим, яке не зводиться виключно до залишків чи спадку попереднього комуністичного режиму. Правосуддя перехідного періоду — це конституційна проблема для нових соціальної, політичної і правової систем, що прийшли на зміну старій ситуації. Різні країни сприйняли різні підходи до правосуддя перехідного періоду, що справило результативний вплив на форму і структуру нових режимів.

Проблематику правосуддя можна розподілити на шість елементів:

1) відносини між новим і старим режимами;

2) каральне правосуддя за злочини, вчинені за попереднього режиму;

3) реабілітація і виплата компенсацій жертвам комуністичних режимів;

4) реституція власності;

5) люстрація;

6) зміна ідеологічного характеру державного апарату.

Право, як система норм і інститутів, є механізмом систематичного пам'ятання і забування. Протягом двохсот років історії західної правової традиції було розроблено вражаючий арсенал технік для того, щоб пам'ятати, але одночасно і забувати. Згадаємо лише строки давності, *nulla poena sine legem*¹, *nulla crimen sine legem*², принципи природної справедливості, і верховенство права. Важливим є той факт, що право наділене владою, і пам'ятання, так само як і забування, санкціонується вла-

¹ Немає покарання крім того, яке встановлено законом (лат.). — Прим. перекладача.

² Немає злочину крім того, який передбачено у законі (лат.). — Прим. перекладача.

дою права. Це означає, що у певній ситуації індивіди і групи індивідів можуть щось пам'ятати і не пробачати, однак позбавлені можливості заявити новий позов.

Своєрідний характер права, його владність відіграє важливу роль в усіх можливих стратегіях поведінки з минулим.

Після зміни режиму через програш у війні чи переговори нові еліти завжди стикаються з проблемою: що робити з правопорушеннями, які чинилися у минулому? Це не настільки драматичне питання, коли руйнація режимів відбувається через революцію або поразку від зовнішньої сили. Наслідком у такому випадку завжди є осуд минулого і запровадження правосуддя переможців. Зазвичай кримінальне право використовується для того, щоб показати кримінальний характер попереднього режиму, а показові судові процеси виконують повчальну роль для нової політичної і соціальної спільноти.

Більш цікаві проблеми у стосунках із минулим постають перед новими політичними елітами, коли зміна режимів відбувається шляхом переговорів. З одного боку, стара влада визнається як партнер у цих переговорах і, як правило, зацікавлена у гарантуванні собі загальної амністії щодо правопорушень минулого. З другого боку, знизу, а також із боку деяких фракцій усередині нової політичної еліти чиниться тиск стосовно необхідності відновити справедливість і помститися. Обрані врешті-решт юридичні стратегії ніколи не бувають досконалими, але ми можемо оцінити їх зі згаданої вище перспективи — їхнього внеску в нові нормативні цінності.

У всіх країнах завжди має місце поєднання карального правосуддя (кримінальні судові процеси, люстрація, чистки у державних інституціях, які передбачають звільнення з публічних посад) з відновлювальним правосуддям (реприватизація, реабілітація жертв, компенсації). Як не дивно, але дуже рідко відбувається вироблення політичної і юридичної стратегії, яка б зосереджувалася на проведенні публічної дискусії щодо механізму функціонування кримінальних режимів і залучення громадян до цього процесу. Іншими словами, фокус уваги перебуває не на помсті і бичуванні попереднього режиму, а на оприлюдненні правди і примиренні усього суспільства з тяжкими фактами і подіями свого минулого, що дійсно мали місце. Зазвичай має місце засудження окремих соціальних груп.

Немає сумнівів, що кожен, хто вчиняв злочини за попереднього режиму, має відчувати на собі дію права і понести покарання. Разом з цим кримінальне право не може грати роль джерела публічної істини і примирення з минулим. Марк Осьель, американський фахівець із соціології і права, написав книжку, в якій він намагається продемонструвати на основі аргентинських прикладів, що показові кримінальні процеси (не у сталіністському сенсі, але процеси відповідно до вимог права з елементами публічності) здатні прищепити суспільству ліберальні цінності й особливо шанування прав людини [1]. Він слідує теорії Е. Дюркгейма, відповідно до якої в сучасних суспільствах, що в основному базуються на органічній солідарності (поділі праці), функцією кримінального права є відновлення базових сприйнятих соціумом цінностей.

Я маю сумніви щодо викладеного через обмеженість здатності не лише кримінального права і процесу, а й права у цілому бути засобом корегування суспільства. Правосуддя перехідного періоду з його інституційними інноваціями намагається подолати цю обмеженість.

Правосуддя перехідного періоду перебуває на дотеоретичній стадії розвитку. Воно в основному складається з вивчення конкретних емпіричних випадків і спрямовується політично орієнтованими цілями.

Так само немає єдиного типу дискурсу між представниками різних дисциплін, які залучені до студій із правосуддя перехідного періоду. Що потрібно, так це не уніфікація дискурсу, а побудова структури, яка дозволила б «перекласти» здобутки одного дискурсу на мову іншого. Після накопичення емпіричних досліджень стало б можливим переробити доступний матеріал із метою вибудувати певну теоретичну схему правосуддя перехідного періоду.

Опубліковані розвідки з правосуддя перехідного періоду показують, що останнє потребує підґрунтя у вигляді відповідної соціальної теорії, яка включатиме глобалізацію як одну із стрижневих ідей. Відповідна соціальна теорія дозволить вченим і практикам визначати цілі і застосовувати засоби та напружувати вказівки для інституційного оформлення правосуддя перехідного періоду. Це також дозволить подивитися з нової перспективи на питання стосунків між правосуддям перехідного періоду і «нормальним» правосуддям. Тільки відповідна соціальна теорія забезпечить нас необхідним знаряддям для згаданого вище інституційного оформлення. Така теорія здатна цілісно пояснити універсальні і спеціальні елементи, так міцно укорінені у правосудді перехідного періоду.

Дискусії усередині дискурсу щодо правосуддя перехідного періоду показують обмеженість традиційної парадигми права і особливо усіх підходів, побудованих на юридичному позитивізмі. Перш за все, як вже відмічалось, правосуддя перехідного періоду здійснюється у межах державних кордонів, але під сильним впливом із боку процесів глобального рівня. У позитивізмі це не лише випускається з уваги, а й взагалі відсутні засоби для поєднання національного і наднаціонального рівнів. Я маю на увазі не міжнародне кримінальне право, а хоча б соціальні і політичні механізми, які впливають на створення механізму правосуддя перехідного періоду в межах певної території. Простіше і коротше кажучи, правосуддя перехідного періоду відображає взаємодію між правовою і соціальною системами на національному і міжнародному рівні.

Наступне питання — це відносини між правом і мораллю. Один із висновків, отриманий під час огляду розвитку сфери правосуддя перехідного періоду, полягає в тому, що правосуддя високого рівня є спеціальним процесом маніпулювання системою правосуддя задля досягнення певних соціальних і політичних благ. Проблеми, що потребують вирішення, і точки відліку встановлюються у домовленості між певними елітами, але в інтересах справедливості для жертв. Правосуддя перехідного періоду нагадує нам, що облаштування юридичних чи квазіюридичних інститутів, які приводитимуть у дію механізм правосуддя перехідного періоду, має бути сумісним зі справедливістю.

Питання моралі у правосудді перехідного періоду не слід помилково плутати з моралізаторським баченням правосуддя перехідного періоду, яке, на жаль, домінує в літературі. В останньому ми легко знайдемо два типи підходів: ті, що мають моралізаторські тенденції, і ті, що наголошують на необхідності докладати зусиль для відшукування й аналізу структури прихованих інтересів, які покладено в основу процесів і інституційного оформлення правосуддя перехідного періоду.

Одне з припущень, про яке можна згадати, зводиться до того, що правосуддя перехідного періоду повністю замінює собою «нормальне правосуддя». Правосуддя перехідного періоду у процесі швидкої соціальної трансформації, нового виду управління ризиками, разом зі зростанням глобальної суспільної готовності до змін пропонує повільну заміну старої жорстокої системи відправлення судочинства.

Після збирання емпіричного матеріалу, а також методологічних пропозицій із джерел, що сприяли підготовці цієї глави, ми пропонуємо розуміти правосуддя перехідного періоду як конститутивний процес нової політики. Правосуддя перехідного періоду, яке має місце після політичної перемоги, є головним чином конститутивним процесом, що замінює старий тип революції. Сприйняті механізми правосуддя перехідного періоду і схвалені точки відліку не лише визначають нормативну структуру нової політики, а також впливають на інституційне оформлення нового режиму, та системи розподілення прав власності. Останнє питання рідко обговорюється фахівцями з правосуддя перехідного періоду.

Названі стратегії поведіння з помилками минулого закладають підґрунтя стабільності соціальної системи і легітимності політичних режимів та правової системи.

Верховенство права

Що слід розуміти під верховенством права? Не існує короткого набору визначень верховенства права. Шляхи, які пройдено цим феноменом від А. Дайсі десь на межі XIX і XX ст. і до сьогодні, дійсно вражають.

З іншого боку, існує також концепт правової держави (*Rechtsstaat*). В аспекті наших завдань ми розглядаємо поняття «верховенство права» і «правова держава» як синонімічні. Питання полягає в тому, яким є розуміння цього поняття на межі XX і XXI ст.?

Верховенство права — це нормативний ідеал, який спрямовує розвиток правових систем. У цілому існує два підходи до верховенства права: перший акцентує увагу на формальних якостях правової систем, другий — на сутнісних цінностях.

Ці підходи поєднані між собою. У найбільш загальному вигляді доктрина верховенства права стосується несвавільного використання влади. У цьому сенсі вона часто розуміється як опозиція владі людини. Можна також виокремити такі розуміння верховенства права: влада, підпорядкована праву, влада здійснюється відповідно до правових вимог і тому політична система має включати певний каталог прав.

Що важливо, на нашу думку, то це те, що верховенство права обумовлює існування автономної правової системи, тобто системи, що є вільною від тиску політики чи інших нормативних систем, таких як релігія. Верховенство права існує, коли автономія правової системи гарантована юридичними, політичними, а також соціальними інститутами. Серцевиною верховенства права є незалежність системи правосуддя. Остання є гарантією того, що норми права не застосовуватимуться задля досягнення мети, яку М. Вебер називав формальною раціональністю права¹.

¹ У даному випадку мається на увазі те, що судова влада забезпечує застосування норм права, зорієнтоване на низку практично-утилітарних та етичних вимог, покладених в основу

Верховенство права розповідає нам про якість існування інститутів. Таке право має певний рівень авторитетності і є ефективним у регулюванні суспільних відносин. Інститути використовують загальні й абстрактні норми і застосовують на засадах рівності до всіх суб'єктів права.

Критика держави загального добробуту базувалася на тому, що вона підтримує верховенство права через інструментальне застосування права. Ми відмічаємо цей момент, оскільки те саме має місце і у відносинах між верховенством права і правосуддям перехідного періоду, де неупередженому застосуванню автономних норм права протистоїть телеологічне правозастосування.

Верховенство права також розповідає нам дещо про правотворчість, а не лише про правозастосування. Закон повинен мати низку якостей, пов'язаних із «внутрішньою мораллю права» Л. Фуллера. Закон має бути загальним, абстрактним, належним чином оприлюдненим і не мати зворотної сили¹.

Конфлікт між правосуддям перехідного періоду і верховенством права легко побачити. Парадоксально, але виправданям або цілком запровадження правосуддя перехідного періоду є виправлення ситуації задля гарантування верховенства права, однак телеологічний характер квазісудових інститутів у механізмі правосуддя перехідного періоду може стати перешкодою у створенні автономної правової системи.

Правосуддя перехідного періоду — це завжди відхід від звичайного функціонування системи судочинства, що означає, що воно потенційно здатне блокувати розвиток нормативного підґрунтя авторитетності права і правових інститутів, необхідних для верховенства права.

Верховенство права вимагає стабільності соціальної і політичної систем, тоді як правосуддя перехідного періоду створюється на час швидких змін.

Викладений вище перелік проблем взаємовідносин між правосуддям перехідного періоду і верховенством права не означає, що між ними обов'язково існує конфлікт. Розуміння правосуддя перехідного періоду як конститутивного елементу політики обумовлює наявність мінімальної концепції верховенства права, що базується на автономності правової системи. Ключовим питанням у розвитку стратегій, які дозволять отримати такий результат, є інноваційне інституціональне оформлення, поєднане з використанням соціальних практик, що підтримують типи нормативності, необхідної для зміцнення верховенства права. Нові інститути мають, принаймні, не блокувати соціальні практики, відповідальні за генерування такого типу нормативності, а краще було б, щоб вони стимулювали цей процес.

Ці процеси є локальними, тому оформлення інститутів також має базуватися на належному розумінні місцевої ситуації. Зв'язок між локальним і міжнародним є критичним, оскільки досить часто міжнародне втручання і міжнародні інститути можуть легко зруйнувати крихкі локально згенеровані процеси.

правової системи, зокрема, справедливість (див. протиставлення формальної і матеріальної раціоналізації права у М. Вебера [2, с. 602–603 і далі]). — *Прим. перекладача.*

¹ Детальніше про концепцію внутрішньої моралі права Л. Фуллера див. його роботу «Мораль права» [3]. — *Прим. перекладача.*

Висновки

Випадок правосуддя перехідного періоду — це маса проблем та складні процеси, пов'язані з інституційними інноваціями. Це вимагає від вчених запровадження нових підходів, а так само і накопичення міждисциплінарних знань. Науковці, що працюють над проблемами правосуддя перехідного періоду, не можуть бути лише юристами чи тільки криміналістами, але повинні бути обізнаними у сфері політики і соціології.

Випадок правосуддя перехідного періоду як сфери досліджень полягає у тому, що вона не дає відповідей, але постачає безкінечні проблеми і конкретні ситуації, розв'язання яких має відбуватися за допомогою постановки відповідних питань про взаємовідносини між старою і новою концептуальними парадигмами, між правосуддям перехідного періоду і верховенством права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Osiel M. Mass Atrocity, Law and Collective Memory* / M. Osiel. — New Jersey, 1997.
2. *Вебер М. Государство і суспільство: нариси соціології розуміння* : пер. з нім. / М. Вебер. — К. : Вид. дім «Всесвіт», 2012. — 1112 с.
3. *Фуллер Л. Л. Мораль права* : пер. с англ. / Л. Л. Фуллер. — К. : Сфера, 1999. — 232 с.

Чарнота А. Про яскравий випадок невизначеності, або Правосуддя перехідного періоду і верховенство права

Анотація. Мета статті — описати відносини між концепціями правосуддя перехідного періоду і верховенства права. Автор починає з аналізу генези дискурсів щодо правосуддя перехідного періоду і верховенства права. Він зазначає, що обидва ці дискурси зародилися давно разом із дискурсами щодо прав людини і демократії.

Звертається увага на внутрішній парадокс і напруження між правосуддям перехідного періоду, що означає запровадження механізмів на заміну традиційного правосуддя у країнах згаданого періоду, і верховенством права. Якщо верховенство права засноване на автономності права від політики, то правосуддя перехідного періоду є виразом політичної волі. Якщо верховенство права зосереджується на стабільності й самодостатньому використанні правових інститутів, то правосуддя перехідного періоду пов'язане з цілковито протилежним речами.

Автор наголошує на необхідності теоретичної реконцептуалізації верховенства права.

Ключові слова: правосуддя перехідного періоду, верховенство права, права людини, дискурс, соціальні трансформації.

Чарнота А. О ярком примере неопределенности, или Правосудие переходного периода и верховенство права

Аннотация. Цель статьи — описать взаимоотношения между концепциями правосудия переходного периода и верховенства права. Автор начинает с анализа генезиса дискурсов в сфере правосудия переходного периода и верховенства права. Он указывает, что оба этих дискурса зародились давно вместе с дискурсами о правах человека и демократии.

Обращается внимание на парадокс и внутреннее напряжение между правосудием переходного периода, означющим введение механизмов на замену традиционного правосудия, и верховенством права. Если верховенство права основано на автономности права от политики, то правосудие переходного периода

является выражением политической воли. Если верховенство права сосредоточено на стабильности и целевой самодостаточности в использовании правовых институтов, то правосудие переходного периода связано с абсолютно противоположными вещами.

Автор акцентирует внимание на необходимости теоретической реконцептуализации верховенства права.

Ключевые слова: правосудие переходного периода, верховенство права, права человека, дискурс, социальные трансформации.

Czarnota A. On the Beauty of Confusions or Transitional Justice, and Rule of Law

Summary. The aim of the paper is to describe relation between transitional justice and rule of law. The author starts with the analyses of genesis of two discourses transitional justice and rule of law. He claims that both of them started long time ago with human rights discourse and democracy. At present democracy has been replaced by rule of law discourse.

There is internal paradox and tension between transitional justice which means adoption of mechanisms to replace traditional justice in countries in transitional and rule of law. When rule of law is based on autonomy of law form politics, transitional justice is extension of political will. When rule of law is focus on stability and not instrumental use of legal institutions something totally opposite is connected with transitional justice.

The author suggest that what is needed is theoretical reconceptualization of rule of law.

Key words: transitional justice, rule of law, democracy, human rights, discourse, transformations.