

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

PHILOSOPHY OF LAW AND GENERAL THEORY OF LAW

ACADEMIC JOURNAL

Журнал засновано

як додаток до юридичного журналу
«Право України»
у 2012 році

Адреса редакційної колегії:

04107, м. Київ,
вул. Багговутівська, 17–21

Тел.: 0 (44) 537-51-00

E-mail: info@pravoua.com.ua

Головний редактор:

С. І. Максимов,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України

Видається

раз на півріччя

Свідоцтво про державну реєстрацію:

Серія КВ № 18647-7447Р

Науковий журнал

«ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА»

внесено до:

Переліку фахових видань у галузі юридичних наук

*(наказ Міністерства освіти і науки України
від 15 квітня 2014 року № 455);*

Міжнародної наукометричної бази даних

«EBSCO Publishing, Inc.» (США)

(Ліцензійна угода від 16 травня 2013 року)

ВИДАВЕЦЬ

© Видавничий Дім «Ін Юре»

1–2/2015

НАУКОВА РАДА

- П. М. Рабінович** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
(голова наукової ради)
- Р. Алексі** — доктор юриспруденції, професор (Німеччина)
- Є. В. Булігін** — доктор філософії, професор (Аргентина)
- А. Вайшвіла** — доктор юриспруденції, професор (Литва)
- Ч. Варга** — доктор юриспруденції, професор (Угорщина)
- В. Г. Графський** — доктор юридичних наук, професор (Росія)
- М. Зірк-Садовскі** — доктор юриспруденції, професор (Польща)
- С. Кірсте** — доктор юриспруденції, професор (Австрія)
- А. А. Козловський** — доктор юридичних наук, професор
- М. І. Козюбра** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- М. В. Костицький** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- М. Крігер** — доктор філософії, професор (Австралія)
- Ю. М. Оборотов** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- Н. М. Оніщенко** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- О. В. Петришин** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- А. В. Поляков** — доктор юридичних наук, професор (Росія)
- О. Д. Святоцький** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- М. Селлерз** — доктор філософії, професор (США)
- Н. Сіммондз** — доктор філософії, професор (Велика Британія)
- О. В. Скрипнюк** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- М. М. Тарасов** — доктор юридичних наук, професор (Росія)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

- С. І. Максимов** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
(головний редактор)
- С. П. Погребняк** — доктор юридичних наук, професор
(заступник головного редактора)
- Л. О. Макаренко** — кандидат юридичних наук, доцент
(відповідальний секретар)
- В. С. Бігун** — кандидат юридичних наук
- Д. О. Вовк** — кандидат юридичних наук
- Д. А. Гудима** — кандидат юридичних наук, доцент
- М. А. Дамірлі** — доктор юридичних наук, професор
- А. М. Колодій** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- В. В. Лемак** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
- О. М. Литвинов** — кандидат юридичних наук, кандидат філософських наук, доцент
- Л. А. Луць** — доктор юридичних наук, професор
- С. П. Рабінович** — доктор юридичних наук, професор
- В. С. Сморозинський** — кандидат юридичних наук, доцент
- О. В. Стовба** — кандидат юридичних наук
- О. Д. Тихомиров** — доктор юридичних наук, професор
- О. О. Уварова** — кандидат юридичних наук
- С. В. Шевчук** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ЗМІСТ

Від головного редактора	12
РАЦІОНАЛЬНЕ Й ЕМОЦІЙНЕ В ПРАВІ	
ВЕСТ Р. (<i>Вашингтон, США</i>) Правові емоції	17
МАЛЬМАН М. (<i>Цюрих, Швейцарія</i>) Розум і права: нейрологія, філософія та засади правової справедливості	40
МІНДУС П. (<i>Унсала, Швеція</i>) Гнів розуму і благодать почуттів: обґрунтовуючи емоції у праві.....	72
АПША К. Е. (<i>Нью-Йорк, США</i>) Належна повага: честь у житті права	102
МАКСИМОВ С. (<i>Харків</i>) Верховенство права: апофеоз розуму чи результат емоційного вибору?	120
ТИМОШИНА О. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Право як емоція обов'язку: концепція нормативної мотивації Л. Й. Петражицького	134
КАЛИНОВСЬКИЙ Ю. (<i>Харків</i>) Рационально-емоційна матриця правосвідомості як підґрунтя правового регулювання	148
РАЗМЕТАЄВА Ю. (<i>Харків</i>) Рациональне та емоційне у правовому регулюванні	157
БУРЯКОВСЬКА К. (<i>Харків</i>) Юридичні стандарти, що ґрунтуються на принципі розумності	169
САВЧИН М. (<i>Ужгород</i>) Емоційність і раціональність у контексті сучасного конституціоналізму	178
ЄВСЄЄВ О. (<i>Харків</i>) Психологічні фактори суддівського розсуду в конституційному правосудді	196
СУЧАСНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ	
СКОРОБОГАТОВ А. (<i>Казань, Росія</i>) Праворозуміння: поняття і типологія.....	204
ГОРОБЕЦЬ К. (<i>Одеса</i>) Концепт права: спроба системної інтерпретації	211
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ ОНТОЛОГІЇ	
СТОВБА О. (<i>Харків</i>) Що таке темпоральна онтологія права? Відповідь критикам.....	224
ЗИМОВЕЦЬ Р. (<i>Київ</i>) Буття-до-смерті і право на життя. До питання про екзистенціальні джерела права.....	235
САТОХІНА Н. (<i>Харків</i>) Право і прощення.....	250
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ АКСІОЛОГІЇ	
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харків</i>) Справедливість як принцип права: основні аспекти	257
ПРИЙМА С. (<i>Харків</i>) Принцип справедливості тлумачення норм права	269
ГРИЩУК О. (<i>Львів</i>) До питання філософського осмислення та правового визнання людської гідності.....	281
МАЛИШЕВ Б. (<i>Київ</i>) Аксиологічна криза правової ідеології сучасної української держави	289

МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

- БУЛИГІН Є.** (*Буенос-Айрес, Аргентина*) Норми права, логіка та істина298
- СКРИПНЮК О.** (*Київ*) Проблеми взаємодії громадянського суспільства і держави в класичній німецькій правовій традиції другої половини XVIII – першої третини XIX ст.312
- ДІДІКІН А.** (*Новосибірськ, Росія*) Людвіг Вітгенштайн і розвиток аналітичної традиції у філософії права320

ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

- РАБІНОВИЧ П.** (*Львів*) Основоположні права людини: до загальнотеоретичної інтерпретації.....327
- АНТОНОВ М.** (*Санкт-Петербург, Росія*) До питання про «системний» характер права.....342
- ВАРЛАМОВА Н.** (*Москва, Росія*) Глобалізація як нове середньовіччя. Від ієрархії до циркулярності: мережева структура глобального права.....352

ПРАВО І КУЛЬТУРА

- БОЧАРОВ Д.** (*Дніпропетровськ*) Естетика перспективізму в сучасному правознавстві.....369
- ХИЖНЯК Ю.** (*Одеса*) Місто і право: за романом М. О. Булгакова «Біла гвардія»381

ФІЛОСОФСЬКІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК І ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ

- ДАВИДОВА Н.** (*Київ*) Межі інституційної автономії та академічної свободи у сфері вищої освіти391
- ВОЙЧИШИН В.** (*Чернівці*) Кібернетичний простір та кібернетичний злочин: спроба посткласичних інтерпретацій.....400

ПРОБЛЕМИ ФУНДАМЕНТАЛЬНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ

- СМОРОДИНСЬКИЙ В.** (*Харків*) Предмет і призначення історії правових учень як наукової та навчальної дисципліни409
- МОЇСЕЄВ С.** (*Новосибірськ, Росія*), **САТОХІНА Н.**, **РАЗМЄТАЄВА Ю.** (*Харків*) «Філософія прав людини»: матеріали до навчального курсу418

ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ**Роберту Алексі – 70 років**

- МАКСИМОВ С.** (*Харків*) Філософія права Роберта Алексі як інституціоналізація практичного розуму436
- АЛЕКСІ Р.** (*Кіль, Німеччина*) Конституційні права і конституційний контроль.....446

НАШІ ПАРТНЕРИ

- Журнал «*Droit et Société*» (*Франція*). Лист-маніфест «До 30-ї річниці».....457

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Право, розум та емоції: XXVII Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії (27 липня – 1 серпня 2015 р., Вашингтон, США)460

Верховенство права і реформи в Україні:
серія круглих столів Харківського юридичного товариства у 2015 році.....470

ОБГОВОРЕННЯ, РЕЦЕНЗІЇ, ПРЕЗЕНТАЦІЇ ЛІТЕРАТУРИ

Що ж насправді робить суддя?
(Рецензія О. Стовби на монографію Н. Гураленко
«Суддівське правопізнання: праксеологічний вимір»).....497

Після прочитання книжки про право в культурі: а чи є право у філософії права?
(Полемічні розмірковування Б. Розовського
щодо деяких положень монографії О. Литвинова
«Право як феномен культури: спроба філософського осмислення»).....500

СОДЕРЖАНИЕ

От главного редактора	12
РАЦИОНАЛЬНОЕ И ЭМОЦИОНАЛЬНОЕ В ПРАВЕ	
ВЕСТ Р. (<i>Вашингтон, США</i>) Правовые эмоции.....	17
МАЛЬМАН М. (<i>Цюрих, Швейцария</i>) Разум и права: нейрология, философия и основы правовой справедливости.....	40
МИНДУС П. (<i>Уппсала, Швеция</i>) Гнев разума и благодать чувств: обосновывая эмоции в праве	72
АППИА К. Э. (<i>Нью-Йорк, США</i>) Должное уважение: честь в жизни права	102
МАКСИМОВ С. (<i>Харьков</i>) Верховенство права: апофеоз разума или результат эмоционального выбора?	120
ТИМОШИНА Е. (<i>Санкт-Петербург, Россия</i>) Право как эмоция долга: концепция нормативной мотивации Л. И. Петражицкого	134
КАЛИНОВСКИЙ Ю. (<i>Харьков</i>) Рационально-эмоциональная матрица правосознания как основа правового регулирования	148
РАЗМЕТАЕВА Ю. (<i>Харьков</i>) Рациональное и эмоциональное в правовом регулировании	157
БУРЯКОВСКАЯ Е. (<i>Харьков</i>) Юридические стандарты, основанные на принципе разумности.....	169
САВЧИН М. (<i>Ужгород</i>) Эмоциональность и рациональность в контексте современного конституционализма	178
ЕВСЕЕВ А. (<i>Харьков</i>) Психологические факторы судейского усмотрения в конституционном правосудии	196
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ	
СКОРОБОГАТОВ А. (<i>Казань, Россия</i>) Правопонимание: понятие и типология.....	204
ГОРОБЕЦ К. (<i>Одесса</i>) Концепт права: попытка системной интерпретации	211
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ОНТОЛОГИИ	
СТОВБА А. (<i>Харьков</i>) Что такое темпоральная онтология права? Ответ критикам	224
ЗИМОВЕЦ Р. (<i>Киев</i>) Бытие-к-смерти и право на жизнь. К вопросу об экзистенциальных источниках права	235
САТОХИНА Н. (<i>Харьков</i>) Право и прощение.....	250
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ АКСИОЛОГИИ	
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харьков</i>) Справедливость как принцип права: основные аспекты	257
ПРИЙМА С. (<i>Харьков</i>) Принцип справедливости толкования норм права	269

ГРИЦУК О. (<i>Львов</i>) К вопросу о философском осмыслении и правовом признании человеческого достоинства	281
МАЛЫШЕВ Б. (<i>Киев</i>) Аксиологический кризис правовой идеологии современного украинского государства.....	289
МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
БУЛЫГИН Е. (<i>Буэнос-Айрес, Аргентина</i>) Нормы права, логика и истина	298
СКРИПНЮК А. (<i>Киев</i>) Проблемы взаимодействия гражданского общества и государства в классической немецкой правовой традиции второй половины XVIII — первой трети XIX в.	312
ДИДИКИН А. (<i>Новосибирск, Россия</i>) Людвиг Витгенштейн и развитие аналитической традиции в философии права	320
ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА	
РАБИНОВИЧ П. (<i>Львов</i>) Основополагающие права человека: к общетеоретической интерпретации	327
АНТОНОВ М. (<i>Санкт-Петербург, Россия</i>) К вопросу о «системном» характере права.....	342
ВАРЛАМОВА Н. (<i>Москва, Россия</i>) Глобализация как новое средневековье. От иерархии к циркулярности: сетевая структура глобального права	352
ПРАВО И КУЛЬТУРА	
БОЧАРОВ Д. (<i>Днепропетровск</i>) Эстетика перспективизма в современном правоведении	369
ХИЖНЯК Ю. (<i>Одесса</i>) Город и право: по роману М. А. Булгакова «Белая гвардия»	381
ФИЛОСОФСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕВЫХ ПРАВОВЫХ НАУК И ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ	
ДАВЫДОВА Н. (<i>Киев</i>) Границы институциональной автономии и академической свободы в сфере высшего образования	391
ВОЙЧИШИН В. (<i>Черновцы</i>) Кибернетическое пространство и кибернетическое преступление: попытка постклассических интерпретаций.....	400
ПРОБЛЕМЫ ФУНДАМЕНТАЛЬНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ	
СМОРОДИНСКИЙ В. (<i>Харьков</i>) Предмет и предназначение истории правовых учений как научной и учебной дисциплины	409
МОИСЕЕВ С. (<i>Новосибирск, Россия</i>), САТОХИНА Н. , РАЗМЕТАЕВА Ю. (<i>Харьков</i>) «Философия прав человека»: материалы к учебному курсу	418
ВЫДАЮЩИЕСЯ ФИГУРЫ	
<i>Роберту Алекси — 70 лет</i>	
МАКСИМОВ С. (<i>Харьков</i>) Философия права Роберта Алекси как институционализация практического разума.....	436
АЛЕКСИ Р. (<i>Киль, Германия</i>) Конституционные права и конституционный контроль	446

НАШИ ПАРТНЕРЫ

Журнал «*Droit et Société*» (Франция). Письмо-манифест «К 30-й годовщине»457

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Право, разум и эмоции: XXVII Всемирный конгресс по философии права и социальной философии (27 июля – 1 августа 2015 г., Вашингтон, США)460

Верховенство права и реформы в Украине:
серия круглых столов Харьковского юридического общества в 2015 году470

ОБСУЖДЕНИЯ, РЕЦЕНЗИИ, ПРЕЗЕНТАЦИИ ЛИТЕРАТУРЫ

Что же на самом деле делает судья?
(Рецензия А. Стовбы на монографию Н. Гураленко
«Судейское правопознание: праксеологическое измерение»)497

После прочтения книги о праве в культуре: а есть ли право в философии права?
(Полемиические раздумья Б. Розовского
о некоторых положениях монографии А. Литвинова
«Право как феномен культуры: попытка философского осмысления»)500

CONTENTS

Note of the Editor-in-Chief.....	12
RATIONAL AND EMOTIONAL IN LAW	
WEST R. (<i>Washington, USA</i>) Lawful Emotions.....	17
MAHLMANN M. (<i>Zurich, Switzerland</i>) Mind and Rights: Neuroscience, Philosophy and the Foundations of Legal Justice	40
MINDUS P. (<i>Uppsala, Sweden</i>) The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotions in Law.....	72
APPIAH K. A. (<i>New York, USA</i>) A Decent Respect: Honor in the Life of the Law	102
MAKSYMOW S. (<i>Kharkiv</i>) Rule of Law: the Apotheosis of Reason or the Result of an Emotional Choice?	120
TIMOSHINA E. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Law as an Emotion of Ought: L. Petrażycki's Conception of Normative Motivation.....	134
KALINOVSKY Y. (<i>Kharkiv</i>) Rational and Emotional Matrix of Legal Consciousness as the Basis of Legal Regulation.....	148
RAZMETAIEVA Y. (<i>Kharkiv</i>) Rational and Emotional in Legal Regulation	157
BURIAKOVSKA K. (<i>Kharkiv</i>) Legal Standards Based on the Principle of Reasonableness	169
SAVCHYN M. (<i>Uzhgorod</i>) Emotionality and Rationality in the Context of Modern Constitutionalism	178
YEVSIEIEV O. (<i>Kharkiv</i>) Psychological Factors of the Judicial Discretion in Constitutional Justice.....	196
CONTEMPORARY UNDERSTANDING OF LAW	
SKOROBOGATOV A. (<i>Kazan, Russia</i>) Law-Understanding: Concept and Typology	204
GOROBETS K. (<i>Odesa</i>) The Concept of Law: An Attempt of Systematic Interpretation.....	211
PROBLEMS OF LEGAL ONTOLOGY	
STOVBA O. (<i>Kharkiv</i>) What is Temporal Ontology of Law? Response to Critics.....	224
ZYMOVETS R. (<i>Kyiv</i>) Being-towards-Death and the Right to Life. Revisiting the Existential Sources of Law	235
SATOKHINA N. (<i>Kharkiv</i>) Law and Forgiveness	250
PROBLEMS OF LEGAL AXIOLOGY	
POGREBNIAC S. (<i>Kharkiv</i>) Justice as a Principle of Law: Key Aspects	257
PRIYMA S. (<i>Kharkiv</i>) Principle of Justice of Interpretation of Legal Rules.....	269
HRYSHCHUK O. (<i>Lviv</i>) Revisiting the Philosophical Reflection and Legal Recognition of Human Dignity.....	281

MALYSHEV B. (<i>Kyiv</i>) Axiological Crisis of the Legal Ideology of the Modern Ukrainian State.....	289
METHODOLOGY OF LEGAL SCIENCE	
BULYGIN E. (<i>Buenos Aires, Argentina</i>) Legal Norms, Logic and Truth	298
SKRYPNIUK O. (<i>Kyiv</i>) Issues of Interaction Between Civil Society and State in the Classical German Legal Tradition of the Mid-to-Late of the 18 th Century – the 1 st Third of the 19 th Century.....	312
DIDIKIN A. (<i>Novosibirsk, Russia</i>) Ludwig Wittgenstein and Development of Analytic Tradition in Legal Philosophy.....	320
ISSUES OF GENERAL THEORY OF LAW	
RABINOVYCH P. (<i>Lviv</i>) Fundamental Human Rights: to the General Theoretical Interpretation	327
ANTONOV M. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Revisiting the «Systemacity» of Law.....	342
VARLAMOVA N. (<i>Moscow, Russia</i>) Globalization as a New Middle Ages. From Hierarchy to Circularity: the Network Structure of Global Law.....	352
LAW AND CULTURE	
BOCHAROV D. (<i>Dnipropetrovsk</i>) Aesthetics of Perspectivism in Contemporary Legal Science.....	369
KHYZHNIAK Y. (<i>Odesa</i>) City and Law: following Bulgakov’s Novel «The White Guard».....	381
PHILOSOPHICAL AND METHODOLOGICAL ISSUES OF THE BRANCH LEGAL SCIENCES AND THE LEGAL PRACTICE	
DAVYDOVA N. (<i>Kyiv</i>) Limits of Institutional Autonomy and Academic Freedom in Higher Education Sphere.....	391
VOYCHYSHYN V. (<i>Chernivtsi</i>) Cyberspace and Cybercrime: Attempt of Postclassical Interpretations.....	400
PROBLEMS OF FUNDAMENTAL LEGAL EDUCATION	
SMORODYNSKYI V. (<i>Kharkiv</i>) Object and Purpose of the History of Legal Doctrines as a Scientific and Educational Discipline.....	409
MOISEEV S. (<i>Novosibirsk, Russia</i>), SATOKHINA N. , RAZMETAeva Y. (<i>Kharkiv</i>) «Philosophy on Human Rights»: Materials for the Training Course	418
PROMINENT FIGURES	
Robert Alexy’s 70th Birthday	
MAKSYMОВ S. (<i>Kharkiv</i>) Robert Alexy’s Philosophy of Law as Institutionalization of Practical Reason	436
ALEXY R. (<i>Kiel, Germany</i>) Constitutional Rights and Constitutional Review.....	446
OUR PARTNERS	
Journal « <i>Droit et Société</i> » (<i>France</i>). Manifesto-Letter «30 th Anniversary»	457

SCIENTIFIC LIFE

Law, Reason and Emotion: XXVII World Congress of the International Association
for the Philosophy of Law and Social Philosophy
(27 July – 1 August 2015, Washington, USA)460

The Rule of Law and Reforms in Ukraine:
Series of Kharkov Law Society’s Round Tables in 2015470

DISCUSSION, REVIEW, PRESENTATION OF LITERATURE

What Does Judge Really Make?
(Review by O. Stovba of the Monograph by N. Guralenko
«Judicial Law-Cognition: Praxeological Dimension»)497

After Reading the Book about Law in the Culture: is Law in the Philosophy of Law?
(Polemical reflection of B. Rozovskyi
on some provisions of O. Litvinov’s monograph
«Law as a Phenomenon of Culture: an Attempt of Philosophical Understanding»)500

ВІД ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

С. МАКСИМОВ
головний редактор журналу
«Філософія права і загальна теорія права»,
доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)



Шановні читачі!

У 2015 році журнал «Філософія права і загальна теорія права» продовжив традицію поєднання фундаментальності та практичної спрямованості у своїх публікаціях, розширюючи нові горизонти вітчизняної філософської та теоретичної правової думки.

До ключових тем журналу минулих років — таких, як філософія та теорія правосуддя (2012), права людини і верховенство права в сучасному світі (2013), правова інтерпретація та правова аргументація (2014) — цього року було додано тему «Рациональне й емоційне в праві». Вона була сформульована відповідно до теми XXVII Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції», який відбувався 27 липня — 1 серпня 2013 р. у столиці США — м. Вашингтоні.

Слід зазначити, що проблема «Право, розум та емоції» викликає неабиякий інтерес у сучасній правовій думці, вона сформувалася у особливий міждисциплінарний дослідницький напрям, що поєднує юристів, філософів, соціологів, психологів, економістів тощо. Особливої популярності вона набула в США, що пов'язане із особливостями американської правової системи, де значну роль відіграє особистість судді. Саме різні інтерпретації співвідношення права, розуму та емоцій і були розглянуті у відповідній рубриці.

Перші чотири статті є перекладами пленарних доповідей на згаданому Всесвітньому конгресі, що вводять українських читачів і авторів у незвичну для них проблематику. Насамперед це стаття «Правові емоції» Робін Вест — професора права і філософії юридичного факультету (Правового центру) Джорджтаунського університету (Вашингтон, США). В ній пропонується новий аспект дослідження проблеми «право та емоції», тобто не просто розкривається вплив емоцій на право або права на емоції, а акцентується увага на емоціях, які безпосередньо породжуються правом.

У статті професора Маттіаса Мальмана (Цюріх, Швейцарія) «Розум і права: нейрологія, філософія та засади правової справедливості» розкривається вплив сучасних знань про механізм роботи людського мозку на теорію прав людини, виходячи із менталістського погляду на етику і право.

Стаття доцента практичної філософії Університету Упсали (Швеція) Патриції Міндус «Гнів розуму і благодать почуттів: обґрунтовуючи емоції у праві» знайомить читача із чотирма підходами до ролі емоцій у праві, відповідно до яких: емоції заважають судовому процесу, тому їх потрібно звідти вигнати; емоції є рівноправна із розумом основа права; слід бути байдужими до емоцій; і, насамкінець, вони є необхідною складовою процесу юридичного мислення через почуття справедливості.

У статті професора філософії і права Університету Нью-Йорка Квамі Ентоні Аппія «Належна повага: честь у житті права» через проблему співвідношення права та честі на прикладі кількох традицій (зокрема, «вбивства в ім'я честі» в Пакистані, бинтування ніг у Китаї, дуелі в Європі та Північній Америці) розкриваються глибинні емоційні підвалини концепту честі.

Нові грані проблеми верховенства права, включаючи й раціональні та емоційні аспекти цього феномену, розкриваються у статті професора С. Максимова (Харків) «Верховенство права: апофеоз розуму чи результат емоційного вибору?». Вона також була презентована на Конгресі, у секції, присвяченій проблемам демократії та верховенства права в сучасному світі. Особливо в ній підкреслюється значимість екзистенціального вибору, що ґрунтується на емоціях, для дійсного втілення верховенства права в межах певної, зокрема української, культури.

Інші аспекти співвідношення розуму, емоцій та права розглядаються у подальших публікаціях. Філософсько-правові аспекти цієї теми представлені у статті професора О. Тимошиної (Санкт-Петербург), присвяченій концепції нормативної мотивації засновника Петербурзької школи філософії права Л. Петражицького, у межах якої право розглядається як емоція обов'язку, та статті професора Ю. Калиновського (Харків), де увага акцентується на раціонально-емоційній матриці правосвідомості та її впливі на правове регулювання. У двох наступних статтях, також харківських авторів, — Ю. Разметаєвої та К. Буряковської — розглядаються теоретико-правові аспекти ключової теми номера, а саме: співвідношення раціонального й емоційного у правовому регулюванні; юридичні стандарти, що ґрунтуються на принципі розумності.

Завершується рубрика аналізом конституційно-правового аспекту цієї теми. Професор М. Савчин (Ужгород) звертається до емоційності та раціональності в контексті сучасного конституціоналізму, а О. Євсєєв (Харків) — до психологічних факторів суддівського розсуду в конституційному правосудді. Сподіваюсь, що тема співвідношення розуму й емоцій у праві завдяки публікаціям у нашому журналі набуде у вітчизняному правознавстві додаткового стимулу для свого розвитку.

Діалектика традиційного та новаторського, або класичного і неklasичного, реалізується у тісно пов'язаних між собою рубриках «Сучасне праворозуміння» та «Проблеми правової онтології».

Перший підхід представлено статтею професора А. Скоробогатова (Казань), що присвячена поняттю та типології праворозуміння (на жаль, у його цікавій класифікації типів праворозуміння не знайшлося місця для поглядів українських дослідників, що викликає сумніви щодо її повноти) та статтею К. Горобця (Одеса), в якій акцентується увага на системній інтерпретації концепту права.

Наступний розділ розкриває фундаментальні — онтологічні — засади розуміння права. Тема розуму та емоцій у праві логічно переходить до цього розділу. Зокрема, у статті О. Стовби (Харків) — у дискусію щодо темпоральної онтології права, де розумні доводи переважають з емоційним ставленням до проблеми. Вона також знаходить свій вияв у аналізі екзистенціальних джерел права через категорії «буття-до-смерті» і «право на життя», що проведений Р. Зимовцем (Київ), а також у статті Н. Сатохіної (Харків), присвяченій темі співвідношення права і прощення.

Питання цінностей у праві, або правової аксіології, розглядаються як з теоретичної, так і з практичної точки зору на їх природу та застосування. Насамперед це питання про основну правову цінність — справедливість, яка розглядається на рівні принципу права. У статті професора С. Погребняка (Харків) «Справедливість як принцип права: основні аспекти» розглядаються взаємодія таких аспектів справедливості, як об'єктивна і суб'єктивна, загальна й індивідуальна, формальна, змістовна і процедурна, у процесі правового регулювання. У статті С. Прийми (Харків) принцип справедливості аналізується з позицій центральної ланки тлумачення права. Професор О. Грищук (Львів) іншу важливу категорію правової аксіології — людську гідність розглядає як самоцінність і суспільну значимість людини. Доктор юридичних наук Б. Малишев (Київ) звертає увагу на певну аксіологічну кризу правової ідеології сучасної української держави, яка виявляється у розходженні між проголошеними і реальними ціннісними пріоритетами.

Питання методології юридичної науки розглядаються в контексті насамперед аналітичної традиції у філософії права. Один із найавторитетніших прихильників цієї методології аргентинський філософ права Є. Булігін дає аналіз природи норм права з точки зору їх логічних основ і меж застосування щодо них поняття істини. Новосибірський дослідник А. Дідікін розглядає теоретичні основи аналітичного підходу до права, які були закладені Людвігом Вітгенштайном. Більш традиційний, але не менш актуальний підхід до питання про співвідношення громадянського суспільства і держави з позицій методології, що розроблялася в межах класичної німецької правової традиції другої половини XVIII — першої третини XIX ст., розглянутий у статті професора О. Скрипнюка (Київ).

У рубриці «Питання загальної теорії права» представлені позиції відомих учених щодо ключових питань сучасної правової теорії. У статті професора П. Рабіновича (Львів) із притаманною йому полемічною спрямованістю розглядаються деякі аспекти проблеми прав людини: загальне поняття основоположних прав людини та філософські засади його інтерпретації, поняттєво-термінологічні та інтерпретаційні аспекти праволюднинної проблематики, носії (суб'єкти) основоположних прав. Певний момент кореляції характеристик раціонального та ірраціонального у праві, співзвучний із ключовою темою номера, представлений у статті М. Антонова (Санкт-Петербург) «До питання про “системний” характер права». Він показує парадоксальність сформованого філософами епохи Просвітництва ідеалу раціональності, або розумності, права, який на його думку, насправді має ірраціональний характер.

Продовженням цієї лінії на перегляд традиційних поглядів на право є стаття Н. Варламової «Глобалізація як нове середньовіччя. Від ієрархії до циркулярності: мережева структура глобального права». Авторка підкреслює, що глобалі-

зація вимагає перегляду багатьох сталих теоретичних конструкцій юридичної науки та традиційно виокремлюваних системних утворень у праві.

У рубриці «Право і культура» представлені праці, автори яких демонструють більш широкий погляд на право, не зводячи його лише до формалізованої нормативної структури. Так, у статті Ю. Хижняк (Одеса) у культурному контексті роману М. Булгакова «Біла гвардія» розглядається питання співвідношення міста і права, зокрема значення права для нормального функціонування міста як споконвічного втілення ідеї миру та впорядкованості життя. Д. Бочаров (Дніпропетровськ) звертає увагу на естетику перспективізму в сучасному правознавстві. Особливу увагу в статті приділено «перспективістській» естетиці праворозуміння сучасного американського правознавця П'єра Шлага.

У рубриці, присвяченій аналізу філософських і методологічних проблем галузевих правових наук та юридичної практики публікуються стаття Н. Давидової (Київ), у якій виявляються межі інституційної автономії та академічної свободи у сфері вищої освіти, та стаття В. Войчишина (Чернівці), в якій розглядається взаємозв'язок кібернетичного простору і кібернетичного злочину.

У цьому номері надзвичайно насиченою виявилася рубрика «Проблеми фундаментальної юридичної освіти», інтерес до якої відображає прагнення зробити внесок у реформування вищої школи взагалі й особливо — юридичної освіти. В. Смородинський (Харків) розглядає історію правових учень як наукову і навчальну дисципліну, що посідає важливе місце серед теоретичних юридичних дисциплін і в системі юридичної науки й освіти в цілому. Автор, спираючись на власний практичний досвід викладача й адвоката, доводить актуальність правових теорій мислителів минулого, небезпечність нехтування ними, значущість історії правових учень не тільки для теорії держави і права та юриспруденції загалом, а й для розбудови сучасних державних інститутів, правотворчості та юридичної практики.

Інша важлива публікація — матеріали до навчального курсу «Філософія прав людини» — є одним із результатів міжнародного проекту підвищення кваліфікації викладачів вищих навчальних закладів за однойменним напрямком, підготовлений науковим керівником програми С. Моїсеєвим (Новосибірськ) та її учасниками Н. Сатохіною і Ю. Разметаєвою (Харків). Ці матеріали містять, зокрема, методологічні зауваження щодо природи, структури та змісту філософії прав людини як навчальної дисципліни, а також розгорнуту програму курсу й літературу, що рекомендована для вивчення.

Рубрика «Визначні простаті» представлена матеріалами до 70-річчя видатного філософа права, члена наукової ради і постійного автора нашого журналу, почесного професора Університету Христіана Альбрехта (Кіль, Німеччина) — Роберта Алексі. Це стаття С. Максимова «Філософія права Роберта Алексі як інституціоналізація практичного розуму», присвячена життєвому шляху та основним творчим здобуткам видатного вченого, та стаття самого ювіляра «Конституційні права і конституційний контроль».

У рубриці «Наші партнери» опубліковано лист-маніфест, складений редколегією французького журналу «Droit et Société» (Право і суспільство) з нагоди 30-ї річниці часопису, під яким підписалися інші журнали, що працюють за близькою тематикою й мають ті самі принципи в основі своєї діяльності. Серед сорока п'яти видань з більш як двадцяти п'яти країн світу, що приєдналися до цього мані-

фесту, є і журнал «Філософія права і загальна теорія права» (Україна). Сподіваємося, що читачам буде цікаво ознайомитися зі змістом цього маніфесту.

У рубриці «Наукове життя» ми обмежилися публікацією двох, але дуже важливих як для концепції номеру, так і для ідеології журналу в цілому матеріалів. По-перше, це огляд вже згаданого XXVII Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції», який є істотним доповненням циклу статей із ключової теми номера «Раціональне й емоційне в праві». По-друге — підсумковий огляд серії круглих столів, організованих і проведених у 2015 році Харківським юридичним товариством за підтримки журналу «Філософія права і загальна теорія права», на стратегічно важливу для нашого журналу тему «Верховенство права і реформи в Україні». Саме вплив через експертне середовище на процеси реформування правової системи України в напрямі реалізації ідеалу верховенства права є важливим підтвердженням практичної значущості як теорії, так і філософії права. У наступних номерах журналу планується продовження публікації матеріалів на цю тему.

Коментуючи рецензії, опубліковані у цьому номері журналу, відзначимо зростання інтересу представників галузевих юридичних наук до філософсько-правових досліджень, що відбулося у рецензії відомого спеціаліста у сфері екологічного права, кримінального права і діяльності правоохоронних органів Б. Розовського на монографію члена редколегії журналу О. Литвинова. У цій досить оригінальній і за змістом, і за формою рецензії висловлено й ставлення автора як до філософії права, так і, значною мірою, до теорії права. Така реакція може стати поштовхом до плідної дискусії з представниками інших юридичних спеціальностей.

Серед цьогорічних здобутків журналу слід відзначити й певні «кадрові» надбання. Так, до наукової ради журналу увійшли відомі представники світової філософсько-правової думки: Стефан Кірсте — професор філософії права Університету Зальцбурга (Австрія) і президент німецької секції IVR; Мартін Крігер — професор кафедри права і соціальної теорії та співдиректор Мережі міждисциплінарного дослідження права Університету Нового Південного Уельсу (Сідней, Австралія), член Виконкому IVR; Мертімор Селлерз — регент-професор Університетської системи штату Меріленд, директор Центру міжнародного та порівняльного права (Університет Балтимора, США), президент IVR. Членами редколегії журналу стали молоді талановиті дослідники, викладачі кафедри теорії держави і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Дмитро Вовк і Олена Уварова — автори оригінальних та перекладачі англomовних статей, опублікованих у нашому журналі.

Ключовою темою журналу в 2016 році оголошується тема, що знаходиться на перетині права, моралі та багатьох інших вимірів сучасного світу: «Толерантність як цінність демократичного суспільства». Ми прагнемо отримати дослідження щодо того, як толерантність може осмислюватися у філософії права й як вона пов'язана з правом і правами людини, а також статті з інших правових проблем толерантності — як загальнотеоретичних, так і галузевих. Чекаємо також статті з традиційної й значущої для нашого журналу теми «Верховенство права і реформи в Україні».

ПРАВОВІ ЕМОЦІЇ¹

Р. ВЕСТ
професор права і філософії
(Правовий центр
Джорджтаунського університету,
Вашингтон, США)



Міждисциплінарна сфера знань «Право і емоції» об'єднує навколо себе дослідників права, психології, економіки, літератури, філософії — всіх, хто має великий інтерес до різноманітних проявів відношення права до наших емоцій і до емоційного життя в цілому: їх усіх охоплює пристрасть до правових пристрастей². Для них також є спільною передумова, або припущення, що більшість дослідників права, принаймні останні 50 років, за деякими винятками, помилково відводять надзвичайно велику роль розуму, раціональності, холодному розрахунку власних інтересів і занадто маленьку роль — емоціям, творчості, уяві, генерації, тлумаченню, сприйняттю права³. Їх вчення частково запропоновано як колективна поправка до того, що вони сприймають як правову академічну домінанту й непродуманий ухил у бік розуму і раціональності при поясненні правових явищ. Відповідно до цього наукового напрямку всі правові актори — законодавці, судді, присяжні засідателі, позивачі, договірні сторони, члени міської ради, розробники конституцій, автори універсальних декларацій прав і, звичайно, юристи та правознавці — принаймні іноді й певною мірою, й час від часу навіть на краще, хоча набагато частіше на гірше, схиляються у бік легалістичних рішень або вдались юридичних аргументів, швидше за все, під впливом емоцій, аніж під тиском моральної сили загальних чи нейтральних принципів, висновків природного права, умовиводів із попередньої практики, розрахунку соціальних витрат і вигод⁴. Якщо говорити більш глобально, то

¹ Robin West (Робін Вест). Lawful Emotions. Пленарна доповідь на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції» (27 липня — 1 серпня 2015 р., Вашингтон, округ Колумбія, США). Переклад з англійської О. Уварової і В. Ісакової.

² Див. прекрасний огляд у цій сфері: [1]. Гарна колекція, що дає уявлення про стан дослідження (див.: [2–4]). Ранній вплив було здійснено широким корпусом американського правового реалізму, включаючи роботу Джерома Франка «Law and the Modern Mind» (1930) [5] і більш новітнє дослідження Марти Нуссбаум про емоції й моральні судження [6]. Вплив поглядів М. Нуссбаум щодо впливу емоцій на моральні рішення можна побачити у збірці нарисів за редакцією Р. Вест «Nussbaum and Law» [7].

³ Ранні й впливові критики див.: [8–16]. Для огляду нещодавнього обговорення в науці й у суспільній думці щодо емпатії вироблення судових рішень див. статтю Робін Вест «The Anti-Empathic Turn» [17].

⁴ Чудовим прикладом такого роду тверджень у цьому контексті є звернення до біографії судді Кардозо (див.: [18]).

окремі дослідники права і емоцій доводять той факт, що теоретики права більш охоче схилиються до відведення неабиякої ролі раціональності й другорядної — емоціям при визначенні походження верховенства права, похідних від нього ідей, є результатом корисливої гри, метафоричного договору або високораціоналістичної угоди [5; 19; 20]. Легалізм, як вони стверджують, швидше за все, має джерелом свого походження, так само як і основним обґрунтуванням, примітивні страхи й побоювання, які ми викликаємо один в одного, острах за нашу колективну й індивідуальну долю, і, як мінімум іноді, нашу надію на суспільство й нашу любов один до одного, що породжує взаємний потяг і потребу один в одному. Більше того, ті напрями правового регулювання, які виникають унаслідок правозастосовної дискреції — чи то судді, чи то адміністративного органу — беруть свій початок не в логіці і не в практичному досвіді, а радше в будь-якій із численних емоцій, які раптово виникають при прийнятті рішення: можливо, через глибоке співчуття з боку судді, що запалюється внаслідок викладення фактів як самими учасниками справи, так і загальним правом у цілому; або, можливо, через антипатію чи навіть презирство через відразу до людської слабкості, яка корениться у відчуженні, що може виникнути у судді при вирішенні справи щодо деградуючої біологічної істоти; або, можливо, через інфантильне прагнення судді до авторитетної фігури, від якої буде точитися і влада, і любов¹. Судове передчуття, яке диктує судову думку, може мати або не мати причинно-наслідкових зв'язків із голосом моральної інтуїції, або перебувати під впливом травлення судді після сніданку, який він мав вранці; ми можемо приберегти цю дискусію для іншого разу. Але надто імовірно, що судові передчуття пов'язані з емоційним забарвленням судді, яке, у свою чергу, сформоване першим життєвим досвідом кохання, тих чи інших потреб, острахів, людських взаємозв'язків. Дослідників права і емоцій об'єднує дуже загальне уявлення про підходи щодо вивчення всього цього: ірраціональності, пристрасностей і емоцій у всіх їх юридичних виразах.

Вплив цієї роботи, яка розглядається як колективна, є значним; його глибина й амбіції захоплюючі. Дослідники права і емоцій правильно звертають увагу академічної спільноти на емоційні основи походження законодавчих актів і їх судового тлумачення, так само як і на емоційність і пристрасність людської природи — на противагу сконцентрованому на підрахунку усіх можливих вигод суб'єкту або корисливому егоїстичному суб'єкту, або політично керованому суб'єкту із жагою завоювати світ або владу — який перебуває доволі часто в центрі пильної уваги права і більше того — в центрі його могутності. Я вірю, що корінна переорієнтація нашої дослідницької уваги, ті основні положення, які така переорієнтація тягне за собою, ті думки, які колективно виробляються внаслідок цього, є надзвичайно важливими і продуктивними; вони усі разом являють собою справжній прорив у нашому розумінні природи права і наших ідеалів, пов'язаних із ним, і наших острахів щодо нього.

Проте у своїх тезах сьогодні зранку я хочу сформулювати питання, яким, на моє переконання, було знехтувано дослідниками права і емоцій — я наполягатиму, аби ми зосередились на ньому. В загальному вигляді моя критика —

¹ Див. ранні приклади скептицизму щодо раціональності судового винесення рішень: [5; 21–23]. Для реконструкції характеру суддівства, що включає в себе афект, прагматизм і раціональність, див. [13; 24–26].

в наступному: дослідники права і емоцій розглядають вплив емоцій на право і на наше розуміння справедливості, вплив права на емоційне життя і роблять це на високому рівні. Що ж вони, або ми, недостатньо дослідили, так це емоції, які *продукує* право, або породжує, або творить, або виробляє — емоції, які право саме по собі генерує, аніж, скажімо, емоції, які впливають на право, або емоції, на які впливає право. Повторюючи Вільяма Джеймса, ми не виробили розуміння «різноманітності правового досвіду» [27]. Повторюючи Фуко, ми не приділили багато часу розгляду емоцій, які породжуються правом і легалізмом, але звертаємо увагу на ті емоції, які впливають на право, або на ті, які засуджуються чи врегульовуються правом [28]. Учення про право і емоції дивним, на перший погляд, чином ґрунтується на розумінні права як продукту волевиявлення суверена, в той час як емоції приходять звідусіль — від серця, від домашнього вогнища, від сім'ї, з близької чи приватної сфери життя, з раннього дитинства або від грудей матері. Але в будь-якому разі вони мають своє походження десь в іншому місці, аніж право або політика. Дослідники права і емоцій, на відміну від більш традиційних раціоналістів, прагматиків, звичайних адвокатів і правових економістів, яких вони оспорюють, бачать вплив емоцій на право¹, і бачать, як право впливає на емоції². Однак, і ті, й інші — і дослідники права і емоцій, і правові раціоналісти — мають однакове бачення щодо різного походження права і емоцій: емоція йде від серця, домашнього вогнища, з сім'ї, соціальної і інтимної взаємодії, в той час як право походить від суверена.

Це видається неправильним. Безумовно, це не є абсолютно неправильним — очевидно, що деякі з наших емоцій походять із приватної й інтимної сфери, і багато що в правовому регулюванні бере свій початок у публічній волі державного суверена. Але як би там не було, неправильним є саме спрямування цієї сфери наукових досліджень. Не лише серце, домашнє вогнище, близькі люди і сім'я породжують емоції. І право продукує не тільки правила і судові позиції. Моя думка полягає лише в тому, що право також творить емоції: деякі з наших емоцій є функцією права, навіть більше ніж функцією сім'ї. Якщо це правда, то я думаю, що це важливо як для вивчення емоцій, так і для вивчення права.

Тут я хочу зробити своє твердження більш правдоподібним і більш конкретним, припустивши, що право США продукує чотири особливі і, значною мірою, нездорові емоції у своїх адресатів, якими є ми. Це є гідний предмет дослідження, і це повинно привертати увагу. Чотири особливі правові емоції, які я ідентифікуватиму і які обговорюватиму, на моє переконання, є шкідливими: вони, змінюючи одна одну, по черзі звужують наші критичні можливості, віддаляють нас від нашого власного розуміння як свого суб'єктивного гедоністичного «я», так і наших об'єктивних інтересів; урізають наше політичне і моральне уявлення; і підривають чи не найважливіші аспекти людського процвітання. Втім я не маю жодного наміру заперечувати, що право продукує не тільки емоції, які я ідентифікую і обговорюю. Я також не маю наміру стверджувати, що право не продукує здорових емоцій. Моє обговорення і обрані мною приклади є лише приводом для роздумів.

¹ Див. приклади зі сфери кримінального права: [29–32].

² Нещодавня робота Клер Хантінгтон із сімейного права є чудовим прикладом. К. Хантінгтон демонструє, як сімейне право впливає і на сімейні відносини, і на емоції, які виникають у сім'ї, часто деструктивні (див.: [33; 34]).

Отже, спочатку я перелічу ці емоції, а потім розгляну їх послідовно. По-перше, американське конституційне право, як я стверджую, виробляє нестандартні авторитарні почуття, які змінюють одне одного, з підпорядкування, шанобливості, поваги і покори. Це має бути приводом для тривоги, а не для прославляння, як це традиційно буває, як у політичному, так і в правовому аспектах. По-друге, «культура контракту», яка несподівано з'явилася в Америці, з її обіцянкою свободи, її етикою згоди, і її твердим запереченням можливості існування навіть найменших махінацій у сфері приватної влади, на мою думку, призводить до відчуження від наших власних суб'єктивних бажань і задоволень, і від будь-якого об'єктивного змісту наших власних людських здібностей. У залишку — те, що я називаю, «дисфорія за обоїльною згодою». По-третє, концепція «суспільства рівних можливостей», у світлі якої ми інтерпретуємо наші різноманітні оберти громадянських прав, внесла порцію такої потрібної чесності й базової справедливості до публічних і приватних інституцій, які потребують і першого, і другого про запас. Проте вона також стала причиною появи почуття абсолютної зневіри і занепокоєння, низької здатності до співчуття, оскільки тепер ми вчимося оцінювати наші власні недоліки й недоліки інших, замість того, щоб презюмувати чесність і меритократичність. І по-четверте, обійми легалізму щодо, можливо, міцного, але часто насильницького індивідуалізму, вкупі з його презирливим нехтуванням глибиною вимог, які покладені на плечі тих, хто турбується про молодь і про людей похилого віку, породжує страх і великою мірою через відчутну матеріальну і фізичну небезпеку, і цей страх розміщується прямо в серці сімейного життя. Цей сімейний страх, у свою чергу, став причиною серйозних емоційних проблем і патологій. Вчення про право і емоції, на сьогодні, не концентрує увагу на цих (чи інших) дисфункціональних або нездорових емоціях, які можуть завдячувати своїм походженням швидше, праву, аніж сім'ї. Я хочу розглянути послідовно кожен із них. Знову-таки, на моє велике переконання, ці емоції є продуктом, а не предметом права. Вони походять із правової форми нашого політичного устрою, а не з будь-чого іншого, що могло б мати місце в нашому політичному, або приватному житті.

А. В Америці верховенство права є королем. Є низка речей, які ми не розуміємо у правовій культурі США, щодо нашої надмірної американської відданості федеральній Конституції США. Для значної кількості американських вчених-правників відданість і вірність Конституції Сполучених Штатів і її інституційним атрибутам є цілком виправданою вірою: вчені проголосили свою віру в моральну силу Конституції Сполучених Штатів так само легко, як посадові особи несуть зобов'язання скласти присягу захищати її. Значення Конституції, звичайно, гаряче обговорюється крізь науково-дослідницьку райдугу, як і засоби, за допомогою яких ми його визначаємо, фактично кожним, чий предмет дослідження вона стає. Але для напрочуд великої кількості американських учених-конституціоналістів, і навіть значної кількості юристів, що працюють у сфері конституційного права, її чесноти є незаперечними. Ми не любимо, не поважаємо і не присягаємо на вірність королю. Але ми робимо все це і багато іншого для Конституції¹.

¹ Існує достатня кількість досліджень, в яких відзначається глибина й іноді ірраціональність конституційної віри, але дуже мало тих, в яких робиться спроба її зрозуміти (див.: [36–41]).

Це дивно для громадян, які пишаються своєю антиавторитарною невгамовністю, але це надзвичайно дивно для юридичної науки, яка пишається своєю відданістю просвітницьким цінностям, у тому числі критичним ставленням до законної влади. Правознавці фактично всіх філософських переконань, політичних поглядів і сфер знань пишаються своїм скептичним ставленням до значущості тієї чи іншої галузі права. Дійсно, для багатьох цей скептицизм щодо справедливості позитивного права є дуже знаковим для їх юриспруденції і виступає визначальною рисою їх професійної і науково-правової позиції. Жоден вчений зі сфери комерційного права не оголосив би вічну віру в доктрину власника в порядку законного правонаступництва (*Holder In Due Course*); немає жодного вченого зі сфери договірної права, який би стверджував, що цінність доктрини відшкодування є захищеною від критичного нормативного розгляду; ніхто з тих, кого я знаю, не стверджував би, що доктрина недбалості в деліктному праві має обожнюватися, незалежно від її наслідків або справедливості. Жоден вчений зі сфери сімейного права не припускає, навіть у цю епоху високої сентиментальності, що моральне, соціальне або політичне значення державного визнання законних шлюбів є темою, на яку накладено табу для юридичного дискурсу. Можливість критики позитивного права і позитивних правових інституцій є центральним принципом і для правового позитивізму, і для природно-правової концепції: для позитивістів можливість критичної правової думки демонструє ключову відмінність між правовими нормами і моральними ідеалами [42–44]; а для юснатуралістів та сама можливість доводить об'єктивне існування реальності моральних ідеалів, що продиктовані, швидше за все, справедливостю, аніж суверенною владою, — наші критичні імпульси щодо права свідчать про існування природного права [45; 46]. Проте, як учені і громадяни, ми тримаємо конституційне право і, здебільшого, інституції, які його створили і оберігають на віки вічні, на землі, де не існує жодної людської критики. Звичайно, ми критикуємо окремі справи як вирішені неправильно, критикуємо конкретний суд як уведений в оману, критикуємо всю епоху або період часу як конституційну відразу. Ми націлюємо велику кількість критичного вогню на конституційних самітників — Дреда Скотта (*Dred Scott*) [47], справу «Плессі проти Фергюсона» (*Plessy v Ferguson*) [48], організацію «*Citizens United*» [49], еру Лочнера (*the Lochner era* [50]), справу *Roe v Wade* [51] і їх послідовників. Деякі з нас критикують окремі підходи тлумачення як помилкові або як ті, що не відповідають духу конституціоналізму. Однак у більшій своїй частині ми просто презюмуємо справедливість наших конституційних терезів — закон, який може бути неконституційним, за нашою оцінкою, є несправедливим, аморальним або нерозумним; а закон, який є справедливим, моральним і розумним, важить більше, якщо є за нашою оцінкою конституційним¹. Практично для всіх нас, так само як укази короля були одного разу освячені як справедливі й добродесні силою ніжних сонячних променів; так само і наша Конституція², якій, страшно казати, все сходить з рук.

Чому так? Чому існує така шалена нестача конституційного скептицизму? Чому скептицизм фактично відсутній, чому він не є замовленням дня, очікува-

¹ Для повного захисту й святкування ролі конституціоналізму в наших моральних оцінках політичних рішень див. роботу Рональда Дворкіна «Серйозний погляд на права» [52].

² Тут я пропоную порівняння між метафорою Шекспіра щодо необхідної сили короля і нашою власною любов'ю до конституціоналізму [53].

ною позицією кожного достойного вченого-конституціоналіста? Тут є декілька можливих пояснень: можливо, така повага дійсно виправдана. Конституція, можливо, дійсно є досконалою. Або ж значення Конституції може бути настільки невизначеним, що скептицизм, спрямований на саму Конституцію, а не на окремі інтерпретації її положень, просто не затребуваний [40]. Якщо ж Конституція може означати все, що наділений владою оратор хоче, щоб вона означала, у стилі шалтай-болтай, тоді критичний вогонь треба спрямовувати на пропоновані інтерпретації і на тих, хто їх надає, а не на Конституцію. Третім можливим поясненням є те, що великі перемоги Суду Уоррена — перемоги на честь прав людини, громадянських прав, основоположної справедливості — забарвлюють нашу нинішню конституційну повагу, так само, як та ж епоха встановила виборчий бар'єр для виборців із штатів, що були рабовласницькими. Починаючи зі справи «Браун проти Ради з освіти» (*Brown v Board of Education*), три покоління вчених-конституціоналістів і юристів були занурені у визначення освіти, що підкреслювало значущість не тільки низки мудрих рішень конкретних історичних діячів, а й значну добросовісність і мудрість всього, що сприяло такому рішенню, включаючи саму сутність конституціоналізму: судовий контроль, антимажоритаризм; ідея обмеження політики основоположним законом, глибокий скептицизм не щодо самої конституції, а, швидше, до представників влади. Інакше кажучи, ми були огорнені любов'ю до розумних принципів права і острахом політичних пристрастей, не помічаючи, що любов до конституційної розумності і сама є пристрастю, щодо якої трохи контролю та скептицизму також не буде зайвим¹.

Ці пояснення, кожне по-своєму, є незадовільними для виправдання нашої пристрасті до конституції; я не буду їх перераховувати, оскільки мені вже довелося це пояснювати². На моє особисте переконання, існують й інші пояснення, інші моделі пояснення цієї своєрідної і дійсно виняткової американської пристрасті, які могли б пролити світло. І тоді, я впевнена, вчення про право і емоції може відкритися нам в істинному світлі, особливо якщо ми зосередимося на нашому емоційному ставленні до конституціоналізму, аніж на наших переконаннях щодо нього. Ми могли б, наприклад, вивести правдоподібне пояснення нашої пристрасті до конституції з роздумів Фрейда про природу легалізму, викладених ним у його класичних творах «Тотем і табу» [58], а також «Цивілізація і невдоволені нею» [59]. Фрейд чудово описав як правові, так і релігійні імпульси — а також емоції, які ці імпульси породжують, — як результат міфічної угоди: невідомий договір Гоббса, в якій група ворогуючих людей надає владу політичному суверену, щоб покращити шанси свого власного виживання і краще захистити своє майно від агресії один одного. Скоріше, в описі Фрейда, люди об'єдналися не для того, щоб сконструювати патерналістського сильного правителя, який захищатиме їх один від одного, а для того, щоб, об'єднавшись, вбити цього сильного правителя, який захищає і, можливо, навіть любить їх, але також і тероризує їх. Після шоку, страху, сорому і провини, які тягне за собою таке батьковбивство, і знаючи свою потребу як у владі, так і в турботі, однак

¹ Впливовий твір Оуена Фісса часто озвучував цю думку (див.: [54]).

² Вказівки на недоліки конституції див.: [37; 55]. Ранню економічну й політичну критику див.: [56]. Мої аргументи щодо свідомої невизначеності конституції, що є її усіченою критикою, див.: [38; 57].

також знаючи про своє бажання влади, яка не втілена в смертну батьківську плоть, вони конструюють тотем — релігійну владу або, можливо, як пропонує Фрейд, верховенство права. Перевага тотему перед владою особистості або органу полягає в тому, що це влада, яка походить від нелюдського джерела, однак вона може як видавати обов'язкові накази, так і виявляти люблячу турботу. Після встановлення такої влади особи, які її встановили, зв'язані різними табу, одне з яких — не критикувати тотем. Тотемічне право, таким чином, обслуговує основну інфантильну потребу: потребу влади, яка любить, але не загрожує, оскільки не є людською, і якій може бути гарантована абсолютна відданість без ризику власного знищення¹.

На мою думку, ця Фрейдова історія про тотеми, табу і владу, як релігійну, так і правову, має дивну схожість із нашим власним ставленням до конституції: ми знищили монархічну батьківську владу і замінили її тотемною Конституцією — влада права, а не людей, поклоніння Конституції, а не королю; а найголовніше, обмеження на можливу небезпеку з боку високоперсоналізованої влади законодавців і президентів.

Гіпотеза Фрейда, можливо, є занадто далекою від поставленої мети. Ті, хто любить обійми нашої конституції, не можуть мати нічого спільного з глибоко омріяним, але так само глибоко заперечуваним насильницьким едіповим актом з подальшим возведенням влади, в якій існує нестача тих людських атрибутів, які ми вважаємо загрозованими, — таких як фізична сила або політична воля. Я вважаю, що це наводить на роздуми про підхід до головоломки щодо конституційної поваги, який потрібно знайти. Він пояснює емоційний вимір нашої конституційної віри. Він пояснює, чому наше ставлення до нашої власної конституції є *таким* емоційним, чому будь-який глибокий критицизм є таким табу-йованим, чому ми виступаємо проти доказів нашого усвідомлення того, що її авторитет перевершує її людське походження або людську природу її інтерпретаторів. Це пояснює, чому ми наполягаємо на тому, що вона втілює в собі політичну розсудливість, в той час як вона потерпає від нестачі політичної сили — чому ми сприймаємо її одночасно як найменш небезпечну — що не має зовсім ікол — і як найбільш трансцендентально нелюдську, непозитивістську, моральну, принципову, безпристрасну, раціональну та справедливую для всіх наших інституцій. Інакше кажучи, він пояснює, чому наші конституційні традиції є настільки тотемними і священними. Фрейдистська історія являє собою розповідь про походження цієї специфічної і, зокрема, надзвичайно глибокої, правової емоції: едіпова емоція, здавалося б, корениться в міфічних витоках права, але абсолютно незалежна від всього, що відносять до родини, домашнього вогнища або до материнських грудей.

В. Дисфорія за обопільною згодою. Акт згоди на щось, як формальність при укладанні договору, найчастіше є правовим актом і тягне за собою юридичні наслідки. Коли ми даємо згоду на обмін, ми створюємо угоду, яка в іншому випадку могла б бути крадіжкою [60]. Коли ми погоджуємося на статевий акт, ми також надаємо правомірного характеру тому, що в іншому разі могло би бути кримінально караним діянням — зґвалтуванням або будь-якою іншою формою

¹ Для більш повного розкриття цього аргумента див.: [20].

сексуального насильства¹. Коли ми погоджуємося на умови трудового договору, відносини, які в іншому випадку могли би бути актом поневолення, такими не стають. Як часто наголошується, згода, а не статус тепер визначає межу між правомірним і неправомірним у фізичній близькості, у сфері зайнятості, в обміні [60; 63; 64]. Я називаю цей тип згоди, «правової згоди», актом згоди, що має юридичні наслідки у вигляді трансформації того, що є предметом згоди, у правомірну угоду. В іншому випадку це був би злочин або цивільно-правовий делікт.

Правова згода відіграє нестандартну роль у сучасній юриспруденції. Термін «етика згоди» охоплює широкі сфери права: договірне право керується ним, більша частина кримінального права також. Реформатори правового регулювання щодо згвалтування вказують, що ця сфера регулювання має бути змінена так, щоб підвищити її відповідність нормі про згоду, яка все частіше використовується при кваліфікації згвалтування (таким чином, щоб відмовитися від наявної прив'язки до застосування примусу і дати визначення згвалтування як статевого акту без наданої згоди) [61; 65]². Навіть поза питанням законності згода, яка надається, також стає певною лінією між тим, що є добром або сприймається як добро, і тим, що ні [71]. Таким чином, ми напевно вважаємо, що світ, який слідує правомірній згоді, є більш добрим світом, аніж той, що передував йому. Інакше кажучи, правомірна згода робить світ більш гарним місцем, аніж просто законним місцем. Акт правової згоди, як презюмується, породжує світи, які є кращими за своїх попередників. Чим більш наповненим згодою є наш світ, тим краще.

Чому так? Що таке створюють засновані на згоді угоди, що є такою незаперечною цінністю? Дві відповіді переважають науковість і усвідомленість. По-перше, коли ми надаємо правомірну згоду на певні зміни в нашому світі, ми переконані, що даємо її вільно, і свобода сама по собі є для нас справжньою величезною цінністю [60]. Отже, правомірна згода походить від свободи. І по-друге, коли ми погоджуємося на певні зміни в нашому світі, ми також обмінюємо те, що маємо, — секс, гроші або робочу силу — на щось, що для нас має більшу цінність, — близькість, продукти, заробітна плата. Коли ми здійснюємо цей обмін, ми збагачуємося; якщо ми отримуємо щось у результаті безмитної торгівлі, ми радіємо отриманню додаткової вартості, так само, як і наш партнер за обміном [71]³. Відповідно, правомірна згода приносить добробут. Світ після наданої згоди є багатшим і вільнішим — згода сама по собі за своїм визначенням створює цінність. Саме тому консенсуальні угоди сприяють багатшій і більш вільній спільноті, будь то спільнота, яка складається з двох людей, спільнота в індустрії, спільнота, що утворює націю або міжнародний режим. Обмін за згодою є гарним за своїм визначенням. За Парето, він є оптимальним. Із формальної точки зору тут немає зворотної сторони. Кожен отримує користь.

Питання, яке я хочу поставити щодо правової згоди, полягає тільки в такому: чи створює цей акт згоди — правовий акт, який, і це вважається аксіомою, приносить багатство і свободу, — що-небудь ще? Я вважаю, що створює: пра-

¹ Див. про теорію згвалтування, базовану на концепції згоди [61], про оригінальну теорію згвалтування як непогодженого сексу див.: [62].

² Критику зміни позиції на користь того, що згвалтування має визначатися як секс без згоди, див.: [66–70].

³ Критику економічного обґрунтування ефективності як етичного обґрунтування цінності добробуту див.: [72–74].

вومیрна згода принаймні іноді виробляє емоційну, отруйну підводну течію. Договір на працю, секс або споживання — наш погоджений обмін на робочому місці, в інтимній сфері і на споживчому ринку — може, як аксіома, надавати багатство і свободу, але саме в силу цього факту — оскільки ми його сприймаємо як спосіб отримання багатства і свободи, і як аксіоматично гарну річ — він також одночасно може позбавити нас здатності уявляти собі більш значущі форми інтимності, роботи або соціального спілкування; він може засліпити нас від альтернативних способів буття у світі; замаскувати владу і жорстокість під маскою свободи. Такі акти згоди, які творяться іноді мимоволі, але, як правило, досить свідомо, знижують наші інстинкти і прагнення до соціального, сексуального та комерційного зв'язку з іншими, зводять все до набору дорожочінних маленьких, але зморщених ведінь, кислого винограду і матеріальних потреб. Отже, наша прихильність до цінності «консенсуального сексу» — незалежно від того, що розуміти під згодою — може маскувати, замовчувати, викликати щось недоречне, і навіть викликати більш глибоке психологічне бажання менш опосередкованої і значно більш глибокої форми насолоди від фізичної і сексуальної близькості між людьми, ніж та, яка отримана за угодою із торгівлі сексуальним доступом до всього, що ми отримуємо за плату. Наша стійка переконаність у тому, що консенсуальний акт споживання має, як аксіома, принести нам користь, може призвести до присікання нашого інстинктивного бажання більш значущого людського спілкування з незнайомцями, з якими ми займаємося комерцією. Більш гостро стоїть питання щодо того, що легітимність, якою ми наділяємо роботу, виконувану на ринку праці, виключно в силу її консенсуальності, може засліпити нас від нашого спільного бажання значущого і корисного способу об'єднання наших енергій з природною щедрістю землі. Коли у нас є ця потреба в близькості, що приносить задоволення, у радісній торгівлі, або в творчій праці, ми беремо і притискаємо її донизу, або розтоптуємо її, або дозволяємо їй бути сфабрикованою нашими отриманими легалістичними знаннями, що робота, секс і торгівля, на які ми погодилися, неминуче створюють свободу і багатство — а отже, вони просто зобов'язані зробити нас щасливими — ми віддаляємося від свого «я» і відрікаємось від наших горизонтів надій. Результатом цього може стати віддалення як від нашого гедонічного, так і від нашого бажаного «я». Якщо це так, тоді право — в цьому випадку наша легалістична валоризація юридично обов'язкових актів згоди — продукує дисфорію.

Послухайте, для прикладу, доволі знаменитий і достатньо різкий опис Маркса щодо згоди працівника на укладення договору про працевлаштування з капіталістом:

Покидаючи цю сферу (ліберальної ідеології)... яка споряджає «вільного торговця Vulgaris» своїми поглядами та ідеями і стандартом, за допомогою якого він судить суспільство, засноване на капіталі і заробітній платі, ми думаємо, що ми можемо сприйняти зміни в фізіономіях наших [первісних акторів]. Той, хто був раніше власником грошей, тепер крокує попереду як капіталіст; володар робочої сили слідує за ним як його робітник. Той, хто з поважним виглядом самовдоволено посміхається, має намір розпочати бізнес; інший, боязкий, задкує — він приніс свою шкуру на ринок і не може нічого очікувати, окрім луццювання [75].

Це зовсім не схоже на договір між двома вільними людьми, що забезпечить обом збільшення їхніх відповідних квот свободи і багатства. Це більше схоже на

правомірну згоду, в результаті якої укладається вільний договір у сфері праці, який обмежує людський потенціал працівника — про це обмеження самому працівникові добре відомо — з метою конструктивної взаємодії зі світом через працю, а також з метою значимої і корисної взаємодії із суспільством шляхом соціальних взаємозв'язків, що є більш вагомим, аніж договірне зважування поганих варіантів — голодування, з одного боку, або прилисток для його шкіри — з другого. Погані варіанти й обіцянка свободи і багатства приводять до того, що працівник починає «вагатися і стає невпевнений». Етика згоди призводить до емоційної дисфорії.

Приклад вільного трудового договору Маркса, що обмежує людський потенціал для значимої роботи, може бути поширено за межі трудової сфери. Секс-працівник у традиційному шлюбі — скажімо, дружина — відчуває себе зв'язаною своїм обов'язком і залежністю від наданої згоди на секс під час шлюбу, але при цьому вона так само може вагатися і бути невпевненою, приносячи на такий сімейний ринок нічого іншого, окрім своєї шкіри і не очікуючи нічого іншого, окрім лупцювання. Споживач, який щось купує, будучи мотивованим комерційною рекламою, також може вагатися і бути невпевненим; поява споживчої незалежності робить небагато — насичує ефемерною і помилковою потребою, яка у свою чергу викличе не задоволення, а цикл безперервного розчарування. У цілому, договірна згода, для якої є характерним невизнане безправ'я у приватній сфері, в якій договір реалізується поряд із відмовою від прагнення до значимої участі — незалежно від того, це сексуальна, комерційна чи трудова сфери — не може відображати нічого, окрім риторичного впливу потужного рекламодавця або махінації століть патріархату, які приписували жінкам і дівчатам давали згоду на небажану близькість; або ринку праці, де нічого іншого, окрім пристосування до обставин, не відбувається, що є кращим, ніж загроза голоду.

Насичення штучно створеними бажаннями може створювати кращі відчуття, аніж розчарування такими бажаннями в цей конкретний момент; згода на небажаний та неприємний секс може бути краще, ніж різноманітні страхи ізоляції, занедбаності, голоду, насильства або смерті, які можуть бути альтернативою у традиційних патріархальних режимах і, певною мірою, в ліберальних також; залежність від роботодавця на монотонній роботі і принизлива заробітна плата, звичайно, може переважити голод. Якщо покупець, дружина, секс-працівник, подруга або працівник, які вільно укладають договір, мають свободу вступу до договірних відносин, — які можуть виглядати краще, аніж їх можлива альтернатива — і вона або він вступають у такий договір, то тоді не виникає жодного питання, вважається, що її або його свобода збільшилася, а добробут покращився. Проте почуття, які породжує така угода, можуть бути далекими від відчуття звільнення або збагачення. Укладений договір — чи то щодо праці, чи то щодо ринкових товарів, чи то щодо сексу — може позбавити від гострого болю остраху, голоду або відчаю. Але це може також супроводжуватися почуттям смирення й усвідомлення, що альтернативою є свого роду невідома відстрошена загибель — вовк утримується за дверима тільки завдяки забаганці й силі певного договірного партнера, чиїм єдиним достоїнством є те, що він сам не є тим вовком. Якщо так, то згода може, таким чином, супроводжуватися відчуженням від самого себе — заперечення своїх власних бажань заради більш значущої близькості, ніж та, яку отримано через згоду; більш значуща робота, ніж

та, на яку була надана згода за трудовим договором заради заробітної плати в умовах необхідності; більш творча взаємодія зі справжнім світом, аніж уявним світом продавців споживчих товарів, покупка яких мотивується імперативом, щоб наситити сфабриковані бажання¹.

Акт правової згоди — сьогодні стійкий та дієвий аспект нашого правового життя — викликаний необхідністю, приватним безправ'ям, відчаєм і страхом, може посилити поверхову і таку швидкоплинну контрактну свободу, а також призвести до формального підвищення визначеного за колом поняття добробуту (багатства). Проте, як нагадує нам Маркс, здобувається це за ціною, в яку включено емоційний аспект. Далекі від бажання насичування, деякі з цих консенсуальних угод можуть придушити його. Або, точніше, в той час як вони задовольняють поверхові бажання, вони придушують глибші: бажання більш людської і гуманної спільноти; взаємності в людських відносинах; сексуального зв'язку між тілесними гранями людей, що не потребує жодної підтвердженої згоди; чогось більшого, аніж пакту про замкнення себе самого.

Якщо в цьому є хоча б певна істина, ми знатимемо цю істину тільки в межах незначної і невизнаної частини тендітного «я», чим більше ми переконуємо себе, тим більше ми переконуємо інших, що згода є запорукою нашого благополуччя, що консенсуальність угоди є кращим провідником до того, що живить і підтримує. Консенсуальна угода цілком може бути звуковим покажчиком для розрізнення законного і незаконного, розмежування договору і крадіжки, згвалтування і сексу, поневолення і праці; я думаю, що так і є. Визнати це є величезним ліберальним прогресом для суспільств, які використовують концепцію згоди. Але це не робить наші нинішні консенсуальні угоди, сексуальні відносини та працевлаштування реалізацією нашого потенціалу задля процвітання. Ми припиняємо наше емоційне самопізнання — наші знання про зміст наших бажань і нашої здатності жити менш відчужено — коли ми переконуємося, що наш вибір на відкритих ринках акуратно відображає наші уподобання, які, у свою чергу, точно відображають наші бажання. Цей обман, і зусилля щодо його підтримування — явне зусилля, щоб відступити, щоб залишитися невпевненим, щоб принести на ринок свої очікування щодо нічого більшого, окрім лупцювання — викликає емоційну дисфорію — як результат, сором'язливість відступає. Ця дисфорія, у свою чергу, є канарейкою в шахті. Наші емоційні переживання в нашому зморщеному договірному світі дають нам знати, що щось не так, коли ми іноді передаємо на основі відчайдушних актів згоди роботу щодо окреслення можливості для повної людської включеності.

С. Суспільство рівних можливостей. Мій третій приклад походить із широкої сфери права громадянських прав. Ми сприйняли і в юридичній практиці, і у світі правової науки та правових ідеалів ідеал «суспільства рівних можливостей» як найкращу інтерпретацію права, і навіть ширше, як амбіційну концепцію соціальної справедливості — концепцію справедливості, спеціально пристосовану як для робочого місця та будівлі школи, так і для суспільства в цілому. Ми часто говоримо, коли посилаємось на наш громадянсько-правовий ідеал, що конкурентні світи можливостей — у сфері зайнятості, в освіті, в політиці, і в соціальному і громадянському житті — мають бути доступними для всіх,

¹ Я детально розкриваю цей аргумент в одній зі своїх статей [73].

без обмежень на підставі раси, гендеру, сексуальної орієнтації, інвалідності, етнічної приналежності, релігії або віку. Усі повинні мати рівні можливості для досягнення будь-чого, на що вони здатні, і що відповідає їх волі, амбіціям, бажанням. Робота повинна бути відкрита для всіх незалежно від усіх можливих підстав і т. д., але ідеал рівних можливостей явно виходить за рамки голих кісток рівної зайнятості або антидискримінаційних норм: у світі рівних можливостей усі повинні мати однакову перспективу досягнення успіху. Ані бідність, ані обставини, ані раса чи стать не мають обмежувати успіх у житті. Іноді вдача, навіть в абсолютно справедливому суспільстві, відіграє роль у визначенні того, хто досягає успіху, а хто зазнає невдачі. Але ці сценарії мають бути мінімальними: здебільшого мрії втілюються, нас повинні судити за нашим характером, а не за природними особливостями, капризами долі, колесом удачі, не за всім тим, чого ми не контролюємо. Ми сперечаємося, звичайно, і сильно, щодо того, як потрапити до такого світу. Більшість із нас дотримується думки, на моє переконання, правильної, що явно не достатньо простого зосередження нашої уваги на навмисних актах расизму, ейджизму, абілітизму, сексизму тощо — століття маргіналізації та підпорядкування залишають шрами, які потребують загоєння; субстантивної рівності для підлеглих груп не так легко досягти. Багато хто з нас переконаний, що найбільшою перешкодою до світу рівних можливостей є не стільки раса, гендер або будь-який інший аспект, який визначається незмінними характеристиками, а, швидше, успадковане багатство, з одного боку, і успадкована бідність — з другого. Хтось вважає, що намічені дії будь-якого роду на будь-якій іншій підставі, аніж можлива класова приналежність, будуть контрпродуктивними і несправедливими, тому що це крок назад у нашому марші до суспільства рівних можливостей, навіть якщо це претендує на те, щоб бути кроком уперед. Я хотіла б відкласти ці дебати з приводу засобів і особливо намічених дій у бік, щоб звернутися до мети. Чи є ідеал суспільства рівних можливостей тим, що ми повинні так швидко прийняти?

Знову ж таки, я переконана, що наш емоційний інтелект дає нам якийсь привід узяти паузу. Які емоції може викликати ідеал рівних можливостей як у теорії, так і на практиці, на тому обмеженому рівні, якого нами досягнуто? Ідеал суспільства рівних можливостей незмінно зображується як велика, але чесна гра, або перегони: у світі рівних можливостей ми всі будемо грати в цю гру нашого життя на однаковому для всіх полі. Як тільки ми очистимо світ від упередженості і несправедливості, до якої призводить така упередженість, ми всі розпочнемо гонку, поставивши ноги на одну лінію; ми всі однаково відреагуємо на постріл стартового пістолета, ми всі будемо грати за однаковими правилами, гра не буде сфальсифікованою, як каже Елізабет Уоррен [76]. Жодні сутички не будуть дозволятися. Тепер справедливий світ можливостей, без сумніву, буде краще, аніж світ, в якому багато хто починає життя зі зав'язаною за спиною рукою. Якщо би нам судилося досягти світу рівних можливостей, він виробляв би таку необхідну порцію справедливості, якої не було або було дуже мало раніше. Але невже це ідеал, якого ми маємо прагнути? Чи не виснажує він наші моральні уявлення щодо важко відвойованих громадянських прав? Що ще може виробляти такий світ, крім міри справедливості?

Я вже стверджувала в іншому місці, що наші традиції громадянських прав, якщо не самі закони, краще усвідомлюються як виразники ідеалів комунітаристської включеності, аніж як ідеали чесної гри: вони вказують або передають

включеність груп, яких одного разу було виключено з публічної сфери, з політики, зі сфери зайнятості, зі світу освіти, з громадського життя в цілому [77; 78]. Розуміння громадянських прав як прав включеності, на мій погляд, краще відображає їх історію, а також більше звертається до моральної інтерпретації, аніж у випадку розуміння громадянських прав як прав рівних можливостей. Тут я не хочу аргументувати цю думку, замість цього я хочу вказати на емоційний осад, який залишає на своєму шляху перетворення громадянських прав на рівні можливості.

Які емоції з'являються в результаті злиття ідеалів громадянських прав з ідеалами метафорично справедливих ігор? Їх дві, що мають дати нам паузу. По-перше, в чесній грі сторона, яка перемагає — і на полі, і на трибунах, може звільнити й звільняє себе від необхідності співпереживати тим, хто зазнав поразки. Ризик поразки є саме тим ризиком, який враховує гравець, коли вступає у гру. Переможці у світі рівних можливостей, якщо продовжувати метафору, виправдано повертаються спиною і відводять свої очі від переможених, так само як уболівальники переможців на трибуні можуть повернутися спиною і відвести свої очі від явних страждань команди, яка програла. Ті, хто програв, після всього мають повністю погодитися із поразкою і з її справедливістю, це все, що лишається переможеним на ігровому полі в чесній грі.

Отже, чи є справедлива гра гарною метафорою для громадянських прав? Відмова співпереживати заради гри здібностей — це емоція, яка може бути звичайним явищем у спорті, але в житті ми маємо визнати відмову від співпереживання, добровільну згоду на відсутність такого досвіду, страшним і навіть загрозливим обмеженням багатства наших моральних почуттів через класову або етнічну приналежність, расу, стать та національні кордони, на решту свого життя. Це обмеження здатності співпереживати певним групам і, зокрема, певним класам — відмова людей за доброю волею, відмова від співпереживання або навіть розуміння боротьби і болі тих людей, які не мають найнеобхіднішого для гідного життя, є надзвичайно тривожним; воно блокує порядну прогресивну політику, а також порядне суспільство¹. Це наше ключове розуміння значення нашої революції громадянських прав залишає нас з відчуттям справедливості, яке ми отримуємо такою емоційною ціною — шляхом відмови від співпереживання на тій підставі, що невдахи мусять програти у тому, що тепер, за люб'язними законами громадянських прав, є чесною грою, очищеною від залишків расизму та інших згубних нахилів — і це слід розцінювати як червоний прапор. Це не може бути тим, що означають ці закони.

Другим емоційним осадом розуміння громадянських прав у світлі «чесної гри» є стан глибокого, що триває все життя, дорослого занепокоєння. Ризик поразки є індивідуалізованим, не тільки в матеріальному сенсі, але й у психічному. Ми на цих перегонах не разом, кожен із нас біжить свою власну гонку, і ми біжимо її один проти одного. Рівень суперництва є отруйним не тільки для відчуття своєї приналежності до якоїсь групи, а й для гідного розуміння себе: хороша людина, за цією найбільш моральною і найбільш моралізаторською сферою права, — це людина, яка виграє перегони. Ким тоді стаємо всі ми? Що таке емо-

¹ Критику ідеалу рівних можливостей в аспекті громадянських прав можна побачити в деяких працях критичної расової теорії (див.: [79–81]). Схожі твердження щодо того, що норми формальної справедливості в будь-якій сфері можуть уповільнити, а не сприяти повній соціальній справедливості (див.: [82; 83]).

ційний осад? Що для емоційного здоров'я означає бути останнім у марафоні в суспільстві рівних можливостей, отримати поразку в повністю справедливому суспільстві?

Поразка, у суспільстві рівних можливостей, є повністю нашою власною. Її не можна засудити, але й неможливо розділити з кимось. Бути оціненим за властивостями свого характеру набагато краще, аніж за кольором шкіри, втім це все одно бути оціненим. У суспільстві рівних можливостей це є справедливою грою, але також, дедалі більше, це є грою, де переможець-отримує-все, де оцінка є невблаганною, індивідуалізованою і різкою.

Майже сто років тому Карл Ллевеллін озвучив схожу точку зору:

Жодна людина не зрозуміє одвічну проблему «справедливості» в осяжному майбутньому, якщо не триматиме на думці, що одним із життєво важливих бажань людини — яке має забезпечуватися соціальними інститутами — є навіть не безсторонність, а розуміюче ставлення до індивідуального ідіотизму або слабкості. Хазяїн є прекрасним, тому що він допомагає тим, хто в біді. Він у першу чергу допомагає вам, і допомагає без урахування того, чи припустилися ви помилки. Якщо ви її припустилися, він кричить на вас, тому що це його функція. Це не зупиняє його допомогу. Вам не потрібно те, що реформатори називають «справедливістю», неупередженістю і законом. Ви потребуєте допомоги, якої ви не заслужили, реформатори звинувачуватимуть вас у фаворитизмі, застосуванні впливу, корупції... Те, що вам не потрібно заслужувати, це необхідні засоби, що дозволяють не зламатися проти зла, свавілля і гіркого світу. Одним словом, задоволення неказаним асортиментом духовних потреб... [84].

Підсумовуючи: якщо справедливість є дійсно справедливістю і справедливість є чистою меритократією, то, безсумнівно, справедливості недостатньо. Чиста меритократична справедливість може бути подібною до процедурної справедливості: її буде достатньо в пеклі. Чиста меритократія не є належним розумінням ані справедливості, ані нашої вимоги громадянських прав. Це є прискіпанням нашої мрії — йдеться, звичайно, про мрію Мартіна Лютера Кінга — благословенного суспільства [85]. Ми повинні прагнути значно більшого соціально, аніж справедливої конкуренції, яка дає кілька переможців і багато переможених, що мають бути задоволені своєю долею в житті, тому що вона є результатом справедливої гри, на яку вони дали повну згоду. Ми повинні прагнути доброти, великодушності й духу нашої спільної місії і суспільного життя як на робочих місцях, так і у відносинах із сусідами. Ми не на змаганнях з переможців. Наші успіхи належать усім нам, як Президент Обама одного разу пояснив в неполітичний момент [86], але те саме стосується і наших невдач, про які йому ще доведеться сказати. Ми поділяємо спільну мету і спільну долю; суспільство рівних можливостей заперечує або забуває про це. Надмірне побоювання за наше власне майбутнє і сплуснуте співчуття до тих, хто з якоїсь причини впав або вирішив зняти свою кандидатуру із забігу, — це отруйні емоції, які є частиною спадщини цього усіченого ідеалу, який люблять із цілком зрозумілих і навіть почесних причин.

Д. Індивідуалізм, страх і невдачі процвітання. Останнє, чому ми приділимо значно менше уваги, наші закони і правові інституції спираються на базовий ідеал індивідуальної самодостатності і незалежності, які розходяться з будь-яким розсудливим розумінням потреб піклувальників за новонародженими,

немовлятами, дітьми ясельного віку, інвалідами та людьми похилого віку. На відміну від практично всіх інших ссавців, новонароджена людина, немовля, діти ясельного віку повністю фізично залежать від тих, хто ними опікується, протягом тривалого періоду їхнього початкового життя і впродовж набагато довшого періоду їх емоційне здоров'я також залежить від якості тієї турботи, яку вони отримують. Діти не є рослинами, які поодиноці зростають завдяки сонячному світлу й воді. Вони потребують фізичної присутності тих, хто ними опікується, аби вижити в перші роки свого життя і розвиватися у подальшому. Догляд за немовлям, малюком, дитиною ясельного віку потребує постійної уваги — мінати пелюшки, одягати, купати, годувати і заспокоювати немовлят, розмовляти і читати, стимулювати і взаємодіяти з немовлятами та дітьми ясельного віку, тримати під наглядом старших дітей на етапах дитинства і юності — все це займає роки, а не моменти, вкрадені тут і там між двома повноцінними роботами. Без мінімальної турботи, так потрібної в дитинстві, діти помруть. Без відданої і цілеспрямованої турботи в ранньому дитинстві вони не в змозі розвиватися. Без відданої уваги вихователів у дитинстві та підлітковому віці вони не зможуть розвиватися емоційно. Повністю передбачуваним результатом нестачі постійної турботи, коли дитина є немовлям, і в подальшому в її ранньому дитинстві, є патологічно нездорові підлітки: йдеться не тільки про нестачу освіти, а й про масову відмову серця, що зараз, за загальноновизнаним твердженням, має своє коріння в моральному дозріванні й соціальній компетентності. Наслідок нашої колективної неспроможності, у цій культурі, сприймати піклування серйозно і, зокрема, сприймати материнську опіку серйозно — наша поблажлива схильність до того, щоб це приватизувати, перетворити на банальність, фемінізувати, анімалізувати і принизити, — є занадто знайомим набором соціальних патологій [87–89].

Також зараз є добре відомим, що піклування за фізичним та емоційним благополуччям новонароджених, немовлят, дітей ясельного віку не узгоджується з оплачуваним ринком праці, який є центром нашої любові до індивідуалізму і самодостатності у Сполучених Штатах. Породілля є, очевидно, нездатною конкурувати на ринку праці; пологи витісняють заробітну плату або оплачувану роботу. Грудне вигодовування також витісняє хороший шматок цього. Постійна турбота, якої потребує немовля, несумісна з годинами, проведеними на відстані від нього, як і уважність, яка необхідна тим, хто піклується про дітей молодшого віку. Навіть підлітковий вік вимагає певного ступеня сфокусованої уваги і турботи, які несумісні з тривалими годинами на роботі або надмірним кар'єризмом. Тому ті, хто опікується дітьми, у свою чергу, розраховують на матеріальну підтримку, особливо впродовж перших років, але і в подальшому також частково. Внаслідок цього такі особи не є повністю автономними, незалежними, самодостатніми людьми. Догляд вбудовується в павутиння залежностей. У той час як дитина (або людина похилого віку), про яку піклуються, залежить від піклувальника, піклувальник, у свою чергу, залежить від інших. Суспільство, яке переоцінює індивідуалізм, буде недооцінювати допомогу. Шкода буде загально-суспільною.

Якість турботи — чи має вона ту форму і той обсяг, який є необхідним, щоб гарантувати здоровий емоційний розвиток — є частиною, і дуже великою частиною, функції із забезпечення відчутної безпеки і благополуччя піклувальника. Піклувальник, який відчуває страх у незахищеному середовищі або живе в умо-

вах насилля чи бідності, або ж працює на двох або трьох роботах, просто не приділятиме належної уваги, не буде взаємодіяти з дитиною, або навіть проводити виховну розмову, що відіграє важливу роль для здоров'я дитини, її емоційного благополуччя і розвитку. Якщо вона боїться за свою власну безпеку або безпеку своїх дітей, то її інстинкти будуть працювати в напрямку захисту, а не догляду. Якщо вона боїться втратити свій будинок або страждає від дефіциту їжі, вона також буде зосереджена на виживанні, а не розумовій стимуляції, словесній взаємодії або організації інтерактивних ігор, необхідних для емоційного здоров'я. Таким чином, емоційне здоров'я новонародженої дитини, немовляти, малюка, дитини ясельного віку залежить від матеріальної безпеки її оточення. Звільнення від страху і голоду, так само як і потреба в люблячій турботі, повністю залежить від інших, чий можливості самі обмежені матеріальними обставинами. Піклувальник, який доведений до злиднів, або піклувальник, який живе під загрозою застосування насильства, нездатен надавати той якісний догляд, який є необхідним для фізичного виживання і здоров'я, емоційного благополуччя підопічних. Наслідком є широка психічна криза з іншими супутніми патологіями.

Ми знаємо про все це не менше, ніж ми знаємо про те, що Земля нагрівається. Подібно до нашої екологічно-політичної безвольності, тут ми також є безвольними. Ми не робимо політичний вибір, необхідний для вирішення завдань, пов'язаних із доглядом під натиском бідності.

Ми також не ставимо навіть під сумнів і не перевіряємо більш прискіпливо правові структури — як противагу політичному вибору — які спричиняють дефіцит догляду. Йдеться не тільки про неспроможність Конгресу прийняти кращий, більш щедрий Закон про відпустку за сімейними і медичними обставинами, або ввести більш щедрі положення AFDC (Допомога багатодітним сім'ям), хоча обидва кроки, очевидно, допомогли б. Йдеться не тільки про погану або несвідому материнську турботу бідних жінок або про відсутність батьків — батьки знають, що потрібно читати і грати зі своїми дітьми, що малюкам потрібна постійна турбота, і що за ідеальних умов має бути і тато, і мама. Інакше кажучи, проблема не тільки в поганій політиці або низькій культурі — відсутності батьків, неосвіченості матерів, відсутності книжок для читання вдома [90]. Проблема, швидше, в тому, що відсутність допомоги нужденним батькам є частиною більш широкого набору політик, які глибоко вкоренилися в широкі ряди чинного законодавства — не тільки в закони, які конституують наш недостатній добробут, — в якому прийнято висловлювати презирство до піклування, і байдужість до несумісності піклування й етики, яку ми найбільше цінуємо: індивідуалістична етика, яка винагороджує ринок праці за підтримку самодостатності; культура суперництва в роботі, яка карає тих, кого потягли донизу люди, які від них залежали; громадське життя, яке утримує життя, що здобуває погану славу під час прославляння і надання дозволу на важку дозу як індивідуалістичного, так і державного насильства. Роботодавці звільняють працівників за власним бажанням на підставі договірних прав. Особи, користуючись своїм конституційним правом, беруть у руки зброю — правом, яке призвело до збільшення летальних випадків у сім'ях, де має місце домашнє насилля. Робочі місця все ще структурно ворожі для батьків через сумні обмеження рівності у трудовому праві. Держави ув'язнюють молодих батьків за скоєння незначних злочинів і не беруть до уваги той факт, що вони мають виконувати свої батьківські обов'язки — піклуватися про своїх дітей. Громадська підтримка, яка надається незаможним

підклучальникам, не завжди є достатньою, щоб задовольнити основні потреби для виживання, а тим більше, аби забезпечити якісний догляд, який гарантує психічне здоров'я. І так далі, і так далі, знову через довгі ряди наших державних і приватних юридичних кодів.

З усіх питань, про які забули дослідники права й емоцій, це є справжнісіньким слоном у кімнаті — це так очевидно, що воно стало білим шумом. Право створює матеріальні та психічні умови нашого життя, у межах яких здорові й життєздатні емоції пустять коріння, будуть розвиватися, або помруть. Щоправда, іноді воно створює умови, за яких ці емоції не розвиваються взагалі, — воно створює умови, за яких здорові емоції не можуть народитися. Здатність люблячих вихователів забезпечувати любов і турботу, яка є такою необхідною для психічного та емоційного здоров'я утриманців, значною мірою залежить від їх власної свободи від страху і непереборної тривоги. І ця свобода є функцією права. Право, а не тільки наявність батька або доброї волі матері, або рівня освіти, чи інтелекту, чи мовних здібностей, обумовлює, великою мірою, чи отруєно любов вихователя її або його власним страхом і тривогою; а отже, чи буде дитина страждати від неможливості розвиватися або від ненадійної відданості, чи обтяжуватимуть підлітка психопатології, що з'являються від ізоляції. Інакше кажучи, не тільки погані економічні умови, бідність, культура, розпад сімей і відсутність батьків призводять до слабкого емоційного здоров'я поряд із соціальними патологіями. За це також несе відповідальність наше матеріальне право — сімейне право, а також договірне, майнове право, конституційне право, антидискримінаційне право, адміністративне тощо. Ми повинні змусити право і правові інституції, які призводять до емоційної токсичності, відповідати; а для цього нам необхідно вивчити численні зв'язки: причинно-наслідкові, непрямі, навмисні чи ні, не тільки між правом й емоціями, які воно прагне регулювати, стримувати, удосконалювати, а й між нашим слабким емоційним здоров'ям і нашими різними правовими вчинками.

Висновки. Право продукує емоції, емоції виникають не тільки з приводу материнських грудей або батьківської руки, функціональної чи дисфункціональної динаміки сім'ї. Конституційне право США продукує глибоку повагу до конституціоналізму, від якого неприємно тхне авторитарним емоціоналізмом. Приватне право США продукує дисфорію за власною згодою: почуття хвилювання і сумнівів, що є результатом того, що робота з окреслення умов для людського процвітання зводиться до виконання завдання із підрахунку актів згоди. Антидискримінаційне право продукує розуміння справедливості, занадто зосереджене на концепції чесної гри, яка відводить більшості громадян роль постійних невдах в атлетичних змаганнях із постійним емоційним осадом: нестача соціальної солідарності й спільної мети, постійний страх зазнати невдачі, програти гонку, отримавши від неї лише зморені ноги. І, нарешті, наш застарілий закон про матеріальну підтримку призводить до сімейного страху, а отже, й емоційної хворобливості: малюки, діти й підлітки, які не розвиваються, які занадто часто стають дорослими, які не вміють співпереживати або спілкуватися. Це емоції, які створює право, не тільки регулює або бере до уваги. Вони породжені ним.

Породження правом емоцій заслуговує на те, щоб бути предметом дослідження. На сьогодні таке дослідження має спорадичний характер: Петер Габель, у 80-их, розглядав те, що я називаю дисфорією; Клер Хантінгтон, сьогодні,

досліджує вплив сімейного права на емоційне здоров'я. Є й інші приклади. Однак ці зусилля є винятковими; немає стійкої зацікавленості в цьому напрямі. Те, що є, мало говорить про сучасні напрямки в дослідженнях. Воно також мало говорить про наше сучасне самоусвідомлення: ми прагнемо надмірно приватизувати емоції, ми прагнемо розглядати право як нешкідливе. Право може відображати емоції, може зазнавати впливу емоцій, може регулювати емоції і може прискорити емоційні сплески. Однак право просто не може бути тим об'єктом, який насправді виробляє емоції, так що навряд можна покладати на право відповідальність за шкоду, завдану емоціям.

Цей набір припущень має помилкове спрямування зверху вниз: насправді право виробляє емоції, і деякі з них є руйнівними. Воно також, звичайно, може виробляти емоції, які є необхідними для людського процвітання. Але я пропоную критичну позицію, а святковий настрій має лише сприяти цій роботі: прямо сьогодні ми живемо й працюємо в межах легалістичного порядку, який шанує конституційну владу, прославляє етику згоди, утверджує рівні можливості і проголошує цінність індивідуалістичної самодостатності. Все це окремо й, звичайно, усі разом вони продукують токсичні правові емоції. Вони мають потрапити на перехрестя із нашими критичними імпульсами.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Bandes S.* Who's Afraid of Law and the Emotions / Susan Bandes, Hila Keren // *Minnesota Law Review.* – 2010. – Vol. 94. – P. 1997–2074.
2. *The Passions of Law (Critical America)* / Ed. by Susan A. Bandes. – NYU Press, 2001. – 368 p.
3. *Feldman H. L.* Foreword: Law, Psychology, and the Emotions / Heidi Li Feldman // *Chicago-Kent Law Review.* – 2000. – Vol. 74. – P. 1423–1430.
4. *Passions and Emotions: NOMOS LIII (NOMOS – American Society for Political and Legal Philosophy)* / Ed. by James E. Fleming. – NYU Press, 2012. – 350 p.
5. *Frank J.* Law and the Modern Mind / Jerome Frank. – Transaction Publishers, 2009. – 446 p.
6. *Nussbaum M. C.* Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature / Martha C. Nussbaum. – Oxford University Press, U.S.A., 1992. – 432 p.
7. *Nussbaum and Law (Philosophers and Law)* / Ed. by Robin West. – Ashgate Pub Co, 2015. – 506 p.
8. *Henderson L.* Legality and Empathy / Lynn Henderson // *Michigan Law Review.* – 1987. – Vol. 85. – P. 1574–1653.
9. *Brennan W. J.* Reason, Passion and the Progress of the Law / William J. Brennan // *Cardozo Law Review.* – 1988. – Vol. 10. – Issues 1–2. – P. 3–24.
10. *Harris A. P.* A(nother) Critique of Pure Reason: Toward Civic Virtue in Legal Education / Angela P. Harris, Marjorie Shultz // *Stanford Law Review.* – 1993. – Vol. 45. – P. 1773–1805.
11. *Minow M.* Passion For Justice / Martha Minow, Elizabeth Spelman // *Cardozo Law Review.* – 1988. – Vol. 10. – P. 37–76.
12. *West R.* Jurisprudence and Gender / Robin West // *The University of Chicago Law Review.* – 1988. – Vol. 55. – P. 1–72.
13. *West R.* Caring for Justice / Robin West. – NYU Press, 1999. – 366 p.
14. *Resnik J.* On the Boas: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for our Judges / Judith Resnik // *Southern California Law Review.* – 1988. – Vol. 61. – P. 1877 – 1944.

15. *Gabel P.* The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves / Peter Gabel // *Texas Law Review*. — 1984. — Vol. 62. — 1563–1597.
16. *Gabel P.* Another Way of Seeing: Essays on Transforming Law, Politics and Culture / Peter Gabel. — Quid Pro LLC, 2013. — 206 p.
17. *West R. L.* The Anti-Empathic Turn / Robin West // *NOMOS*, Forthcoming; Georgetown Public Law Research Paper. — 2011. — No. 11-97. — P. 9–57.
18. *Noonan Jr. J. T.* Persons and Masks of the Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks / John T. Noonan Jr. — University of California Press, 2002. — 227 p.
19. *Dailey A. C.* The Hidden Economy of the Unconscious / Anne C. Dailey // *Chicago-Kent Law Review*. — 2000. — Vol. 74. — P. 1599–1623.
20. *West R.* Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law / Robin West // *University of Pennsylvania Law Review*. — 1986. — Vol. 134. — P. 817–882.
21. *Hucheson Jr. J. C.* The Judgment Initiative: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision / Joseph C. Hucheson Jr. // *Cornell Law Quarterly*. — 1929. — Vol. 14. — P. 274–288.
22. *Llewelyn K.* Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound / Karl Llewelyn // *Harvard Law Review*. — 1931. — Vol. 44. — P. 1222–1230.
23. *Cohen F.* Transcendental Nonsense and the Functional Approach / Felix Cohen // *Columbia Law Review*. — 1935. — Vol. 35. — P. 809–817.
24. *Kennedy D. M.* Toward a Critical Phenomenology of Judging / Duncan M. Kennedy // in *The Rule of Law: Idea or Ideology?* (S. Hutchinson & P. Monahan eds., 1987). — 167 p.
25. *Minow M.* Foreword — Justice Engendered / Martha Minow // *Harvard Law Review*. — 1987. — Vol. 101. — P. 64–67.
26. *Abrahamson Sh.* The Woman Has Robes: Four Questions / Shirley Abrahamson // *Golden Gate University Law Review*. — 1984. — Vol. 14. — Iss. 3. — Art. 4. — P. 489–503.
27. *James W.* The Varieties Of Religious Experience: A Study In Human Nature / William James. — Create Space Independent Publishing Platform, 2009. — 284 p.
28. *Foucault M.* The History of Sexuality, Vol. 1: An Introduction / Michel Foucault. — Vintage; Reissue edition, 1990. — 168 p.
29. *Bandes S. A.* Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements / Susan A. Bandes // *University of Chicago Law Review*. — 1996. — Vol. 63. — P. 361–412.
30. *Kahan D. M.* Two Conceptions of Emotion in Criminal Law / Dan M. Kahan, Martha C. Nussbaum // *Columbia Law Review*. — 1996. — Vol. 96. — P. 269–374.
31. *Baker K. K.* Gender and Emotion in Criminal Law / Katharine K. Baker // *Harvard Journal of Law and Gender*. — 2005. — Vol. 28. — P. 447–466.
32. *Gray D.* Justice and Mercy in the Face of Excessive Suffering: Some Preliminary Thoughts / David Gray // *Nussbaum and Law (Philosophers and Law)* / Ed. by Robin West. — Ashgate Pub Co, 2015. — 506 p.
33. *Huntington C.* Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships / Clare Huntington. — OUP USA, 2014. — 352 p.
34. *Singer J.* Divorced From Reality: Rethinking Family Dispute Resolution / Jana Singer. — NYU Press, 2015. — 240 p.
35. *Levinson S.* Constitutional Faith / Sanford Levinson. — Princeton University Press, 2011. — 280 p.
36. *Levinson S.* Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People Can Correct It) / Sanford Levinson. — Oxford University Press, 2008. — 272 p.

37. *Seidman L. M.* On Constitutional Disobedience (Inalienable Rights) / Louis Michael Seidman. — Oxford University Press, 2013. — 176 p.
38. *West R.* Constitutional Skepticism / Robin West // Boston University Law Review. — 1992. — Vol. 72. — P. 765–799.
39. *Cover R. M.* The Supreme Court, 1982 Term — Forward: Nomos and Narrative / Robert M. Cover // Harvard Law Review. — 1983. — Vol. 97. — P. 4–68.
40. *Tushnet M.* Red White and Blue: a Critical Analysis of Constitutional Law (Constitutional Thinking) / Mark Tushnet. — University Press of Kansas, 2015. — 376 p.
41. *Unger R. M.* The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task / Roberto M. Unger. — Verso, 2015. — 224 p.
42. *Hart H. L. A.* Positivism and the Separation of Law and Morals / H. L. A. Hart // Harvard Law Review. — 1958. — Vol. 71, No. 4. — P. 593–629.
43. *Hart H. L. A.* The Concept of Law / H. L. A. Hart. — Oxford University Press, 2012. — 380 p.
44. *Hart H. L. A.* Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory / H. L. A. Hart. — Oxford University Press, 1982. — 250 p.
45. *Finnis J.* Natural Law and Natural Rights / John Finnis. — Oxford University Press, 2011. — 500 p.
46. *Fuller L. L.* The Morality of Law / Lon L. Fuller. — Yale University Press, 1969. — 262 p.
47. *Dred Scott v. Sandford, 1856* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>.
48. *Plessy v. Ferguson, 1896* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>.
49. *Citizens United v. Federal Election Com'n, 2010* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/>.
50. *Lochner v. New York, 1905* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>.
51. *Roe v. Wade, 1973* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>.
52. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously / Ronald Dworkin. — Harvard University Press, 1978. — 392 p.
53. *West R.* Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory / Robin West // New York University Law Review. — 1985. — Vol. 60. — P. 145–167.
54. *Fiss O. M.* Objectivity and Interpretation / Owen M. Fiss // Stanford Law Review. — 1982. — Vol. 34. — P. 739–763.
55. *Sunstein C. R.* The Partial Constitution / Cass R. Sunstein. — Cambridge, MA : Harvard University Press, 1993. — 414 p.
56. *Beard Ch. A.* An Economic Interpretation of the Constitution of the United States / Charles A. Beard. — Dover Publications, 2004. — 336 p.
57. *West R.* Normative Jurisprudence: an Introduction / Robin West. — Cambridge University Press, 2011. — 220 p.
58. *Freud S.* Totem and Taboo / Sigmund Freud. — Greentop Academic Press, 2011. — 134 p.
59. *Freud S.* Civilization and its Discontents / Sigmund Freud. — Merchant Books, 2013. — 92 p.
60. *Barnett R. E.* Contract is Not Promise; Contract is Consent / Randall E. Barnett // Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper. — 2011. — No. 11–29. — 21 p.

61. *Turkheimer D.* Sex Without Consent / Deborah Turkheimer // *Yale Law Journal.* – 2013. – Vol. 123. – P. 335–345.
62. *Estrich S.* Real Rape / Susan Estrich. – Harvard University Press, 1988. – 176 p.
63. *Wertheimer A.* Consent to Sexual Relations / Alan Wertheimer. – Cambridge University Press, 2003. – 310 p.
64. *The Ethics of Consent: Theory and Practice* / Ed. by Franklin Miller, Alan Wertheimer. – OUP USA, 2009. – 432 p.
65. *Schulhofer S.J.* Unwanted Sex: the Culture of Intimidation and the Failure of Law / Stephen J. Schulhofer. – Harvard University Press, 2000. – 336 p.
66. *Anderson M.* Negotiating Sex / Michelle Anderson // *Southern California Law Review.* – 2005. – Vol. 41. – P. 101–140.
67. *Rubinfeld J.* The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy / Jeb Rubinfeld // *Yale Law Journal.* – 2013. – Vol. 122. – P. 1372–1443.
68. *Mackinnon C.* Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law / Catherine Mackinnon. – Harvard University Press, 1988. – 332 p.
69. *Baker K. K.* Why Rape Should not Always be a Crime / Katharine K. Baker // *Minnesota Law Review, Forthcoming; Chicago-Kent College of Law Research Paper.* – 2015. – No. 05. – 53 p.
70. *Ayres I.* A Separate Crime of Reckless Sex / Ian Ayres, Katharine Baker // *Yale Law School, Public Law Working Paper.* – 2005. – No. 80. – 84 p.
71. *Posner R.* Ethical Basis of Wealth Maximization, in *The Economics of Justice* / Richard Posner. – Harvard University Press, 1981. – 432 p.
72. *Kelman M.* Choice and Utility / Mark Kelman // *Wisconsin Law Review.* – 1979. – P. 769–797.
73. *West R.* Authority Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner / Robin West // *Harvard Law Review.* – 1985. – Vol. 99. – P. 384–428.
74. *Kennedy D.* Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power / Duncan Kennedy // *Maryland Law Review.* – 1982. – Vol. 41. – Number 4. – P. 563–658.
75. *Marx K.* Capital: A Critique of Political Economy / Karl Marx. – Penguin Classics, 1992. – 1152 p.
76. *Warren E.* Speech at Netroots Nation / Elizabeth Warren (July 2015) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.huffingtonpost.com/entry/elizabeth-to-speak-at-netroots-nation-rally_55a938f8e4b03f76c5ee2be2.
77. *West R.* Toward a Jurisprudence of the Civil Rights Act, in *A Nation of Widening Opportunities: the Civil Rights act at 50* / Ed. by Samuel Bagenstos, Ellen Katz / Robin West. – University of Michigan Press forthcoming, 2014. – 27 p.
78. *West R.* Freedom of the Church and our Endangered Civil Rights: Exiting the Social Contract / Robin West // in *The Rise of Corporate Religious Liberty* (Ed. by Zoe Robinson, Chad Flanders, and Micah Schwartzman). – Oxford University Press, 2015. – 528 p.
79. *Freeman A. D.* Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine / Alan D. Freeman // *Minnesota Law Review.* – 1977. – Vol. 62. – P. 1049–1061.
80. *Bell D.* And We Are Not Saved: The Elusive Quest For Racial Justice / Derrick Bell. – Basic Books, 1989. – 304 p.
81. *Crenshaw K.* Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law / Kimberle Crenshaw // *Harvard Law Review.* – 1988. – Vol. 101, No. 7. – P. 1331–1387.

82. *Kelman M.* Market Discrimination and Groups / Mark Kelman // *Stanford Law Review*. — 2001. — Vol. 53, No. 4. — P. 833–896.
83. *Ford R.* Racial Culture: a Critique / Richard Ford. — Princeton University Press, 2006. — 248 p.
84. *Llewellyn K.* Behind the Law of Divorce / Karl Llewellyn I, 32 *Columbia Law Review*. — 1932. — Vol. 32. — P. 1293–1294.
85. *The King Philosophy: The Beloved Community, The King Center* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.thekingcenter.org/king-philosophy#sub4>.
86. *President Barack Obama*, Election Campaign Speech in Roanoke, Virginia (July 13, 2012). «You did not build that» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://pjmedia.com/zombie/2012/07/18/the-ultimate-takedown-of-obamas-you-didnt-build-that-speech/>.
87. *Kittay E. F.* Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency / Eva F. Kittay. — Routledge, 1998. — 256 p.
88. *West R.* Caring for Justice / Robin West. — New York : New York University Press, 1997. — 356 p.
89. *West R.* Do We Have a Right to Care / Robin West // in *Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*. — Routledge, 1998. — 256 p.
90. *Heckman J.* Promoting Social Mobility, *Boston Review* (Sep. 1. 2012) / James Heckman [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.bostonreview.net/forum/promoting-social-mobility-james-heckman>.

Вест Р. Правові емоції

Анотація. Наукові дослідження за напрямом «Право і емоції», що пронизують в останні два десятиліття різні дисципліни та методологічні підходи, зосереджуються навколо невеликої кількості поширених коментарів: про те, що право базується, принаймні частково, на емоціях, навіть коли це знаходить вияв у раціональності; про те, що судове тлумачення права забарвлене емоційним ставленням судді до обох сторін справи і до того прецеденту, який він застосовує; про те, що право впливає на «емоційний об'єкт» не менше, ніж на економічний чи політичний; про те, що право — особливо кримінальне, деліктне та сімейне — часто врегулює наше емоційне життя; а також про те, що ідеал справедливості, якого прагне право, формується емпатичним знанням іншого, яке в свою чергу частково здобувається на рівні емоцій. Ці твердження є основоположними та надзвичайно важливими для нашого розуміння природи права.

Однак дослідження «права й емоцій» не розкривають так само прозоро інший, можливо, настільки ж важливий аспект зв'язку права з емоційним життям: здатність права створювати або продукувати емоції, і таким чином «створювати» або «продувати» чи іншим чином впливати на емоційне здоров'я або емоційно хворобливий стан громадян, чиїх життів воно стосується. Емоційне благополуччя сьогодні визнане однією з основних характеристик, які ліберальна держава якраз і прагне формувати.

Право викликає емоції страху, тривоги, надії, розчарування, помсти, гніву. Можливо, дослідникам тематики права й емоцій, які також цікавляться значенням справедливості, є сенс звернутися до розгляду питання, чи сприяє право емоційному благополуччю, а також здатності до встановлення моральних зв'язків з іншими, для яких емоційне благополуччя є таким важливим, і як право має бути перетворене з урахуванням таких емоційних цінностей поряд із більш звичними ідеалами ефективності, продуктивності, цілісності, послідовності та принципності.

Ключові слова: емоції, які породжує право, суспільство рівних можливостей, дифузія, обопільна згода, індивідуалізм, конституціоналізм.

Вест Р. Правовые эмоции

Аннотация. Научные исследования по направлению «Право и эмоции», в последние два десятилетия пронизывающие различные дисциплины и методологические подходы, концентрируются вокруг небольшой горстки распростра-

ненных комментариев: о том, что право основывается, по крайней мере частично, на эмоциях, даже если это находит выражение в рациональности; о том, что судебное толкование права окрашено эмоциональным отношением судьи к обеим сторонам дела и к тому прецеденту, который он применяет; о том, что право влияет на «эмоциональный объект» не меньше, чем на экономический или политический; о том, что право — особенно уголовное, деликтное и семейное — часто регулирует нашу эмоциональную жизнь; а также о том, что идеал справедливости, к которому стремится право, формируется эмпатическим познанием иного, которое в свою очередь частично приобретает на уровне эмоций. Эти утверждения являются основополагающими и чрезвычайно важными для нашего понимания природы права.

Однако исследования «права и эмоций» не раскрывают с такой же ясностью другой, возможно столь же важный аспект связи права с эмоциональной жизнью: способность права создавать или производить эмоции, и, соответственно, создавать или производить, или иным образом влиять на эмоциональное здоровье или эмоционально болезненное состояние граждан, чьих жизней оно касается. Эмоциональное благополучие сегодня признано одной из основных характеристик, которые либеральное государство как раз и стремится формировать.

Право вызывает эмоции страха, тревожности, надежды, разочарования, мести, гнева. Возможно, исследователям тематики права и эмоций, которые также интересуются значением справедливости, есть смысл обратиться к рассмотрению вопроса, способствует ли право эмоциональному благополучию, а также способности к моральной взаимосвязи с другими, для которой эмоциональное благополучие является столь важным, и как право должно быть преобразовано с учетом таких эмоциональных ценностей наряду с более привычными идеалами эффективности, производительности, целостности, последовательности и принципиальности.

Ключевые слова: эмоции, которые порождает право, общество равных возможностей, диффузия, взаимное согласие, индивидуализм, конституционализм.

West R. Lawful Emotions

Summary. «Law and Emotions» Scholarship of the last two decades, across a range of disciplines and methods, occurs around a handful of common comments: that law is based at least partly on emotions, even as it finds expression in rationality, that judicial interpretation of law is likewise colored by the emotional responses of judges to both the litigants before them and the precedents they apply, that law acts upon the «emotional subject» no less than upon the economic or political subject, that law, and particularly criminal law, tort law, and family law, often regulates our emotional lives, and that the ideal of justice toward which law strives is formed by empathic knowledge of others which is itself garnered partly from emotions. These sentences are central and vitally significant contributions to our understanding of law's nature.

However the «law and emotion» researches have not so clearly investigated another and perhaps equally central aspect of law relation to emotional life: that is law capacity to create, or produce emotions, and therefore to create or produce or influence on emotional health or ill health of the citizens whose lives it touches by other ways. Emotional wellbeing is now recognized as one of the central capabilities that liberal state just tends to develop.

Law produces emotions of fear, anxiety, hope, frustration, satiation revenge, rage. Perhaps law and emotion scholars who are also interested in the meaning of justice might therefore fruitfully turn to the consideration whether law promotes emotional wellbeing, and the capacity for moral connections with others for which emotional wellbeing is so important, and how it might be reformed with these emotional values in mind — along side of more familiar ideals of efficiency, wealth, integrity, consistency and principle.

Key words: emotions that are created by law, society of equal opportunities, diffusion, mutual consent, individualism, constitutionalism.

РОЗУМ І ПРАВА: НЕЙРОЛОГІЯ, ФІЛОСОФІЯ ТА ЗАСАДИ ПРАВОВОЇ СПРАВЕДЛИВОСТІ¹

М. МАЛЬМАН
*завідувач кафедри філософії та теорії права,
юридичної соціології
та міжнародного публічного права
юридичного факультету
(Університет Цюріха, Швейцарія)*



I. Розум, совість та права

Загальна декларація прав людини сміливо починається з антропологічного припущення: «Всі люди, — як стверджується, — наділені розумом та совістю». У самому тексті немає явних висновків із цього, однак зрозуміло, що ці передбачувані властивості пов'язані з ідеєю прав людини, які Загальна декларація міцно затвердила після всіх лих Другої світової війни. І, думаю, цілком природно, що головна ідея декларації щодо володіння правами, поодиночці або разом з іншими, виправдано приводить до висновку про наділення всіх людей певними невідчужуваними правами. Інше можливе трактування передбачає, що завдяки «розуму і совісті» люди насправді знаходяться в епістемологічній позиції розуміння, що їхні права виправдані, що вони не приречені на невігластво і, отже, повинні вжити заходів, щоб захистити їх. Ці дві думки можуть виглядати як трюїзм для пересічного спостерігача та не привертати його особливої уваги й не викликати занепокоєння. Що ще можна було сказати, що мало бути констатоване після того, як половина світу та етичні засади епохи були ще в руїнах, які диміли? Людські істоти є неприємними, звірячими хижачками, керованими ірраціональною волею до влади? Мінливі істоти, «тварини, які не визначилися», тварини без фіксованої природи, що є лише іграшками історичних і соціальних змін? Практичні калькулятори інтересів, керовані єдиним мотивом максимізації власних своєрідних вподобань? Чи не буде ними пропущено уроки та вимоги ключового історичного моменту?

Отже, ці думки про обґрунтування прав людини і про епістемологічний стан людського буття насправді більше, ніж піднесена риторика, однак далека від ясності, якщо враховувати сучасні дебати про розум і права. Що виступає осно-

¹ Matthias Malmann (Маттіас Мальман). Mind and Rights: Neuroscience, Philosophy and the Foundations of Legal Justice. Пленарна доповідь на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції» (27 липня — 1 серпня 2015 р., Вашингтон, округ Колумбія, США). Переклад з англійської Ю. Разметаєвої.

вою прав – найбільш дискусійне твердження про те, що існують універсальні права людини в усьому світі, – висновок, який Загальна декларація підкреслює як один із визначальних. Розум став відомим спірним поняттям у багатьох колах, совість як людська властивість має визначальне значення для моральної орієнтації, не обов'язково для кращого життя.

Багато проблем варті серйозної уваги: вражає, скільки присвячено їм у сучасній теорії прав людини. Враховуючи антропологічні твердження Загальної декларації прав людини, виникає таке запитання: який насправді зв'язок між людським мисленням, його структурою, роботою і фізіологією та ідеєю прав людини, що, безумовно, є одним із найбільш важливих продуктів людського мислення? Це питання буде досліджено нижче.

Для цього ще кілька думок мають бути присвячені питанням про те, чому відносини між людським мисленням, розумовою діяльністю та правами становлять теоретичний інтерес. Отже, перше питання буде таке: *чому теорія розуму¹ має значення для етики та права?* Друге питання стосується концепції, чи ідеї, прав людини як підкласу моральних та правових суб'єктивних прав, що буде викладено і роз'яснено нижче. Аналіз концепції, або ідеї, прав необхідний, щоб відповісти на запитання: *про що, власне, ми говоримо?* Третє питання – *звідки взялися права, яке їх походження?* – займатиме доволі багато уваги задля сутнісного розуміння того, чому відповідь на одну з двох основних нині особливо цікавих форм ревізіонізму прав людини, історичного, генеалогічного наступу на права людини неодмінно приводить до виходу за межі історії прав людини й до глибокого занурення до епістемології та онтології прав і, отже, відповідні види проблем, як передбачається, будуть досліджені. Історія або історизм, як стверджується, не пропонує шляхів уникнення цього. Четверте питання, яке буде розглянуте: *чому права виправдані (обґрунтовані)?* Припущення, висловлюване в цій дискусії, стосується того, що теорія пізнання у сфері прав людини не має сенсу без нормативної теорії про те, як вони можуть бути виправдані, обґрунтовані. Це тому, що остання формулює претензії щодо епістемологічних переваг, які мають бути оцінені першими. П'яте: маючи достатньо підготовлений попередніми зауваженнями ґрунт, можемо розв'язувати основну проблему цієї рефлексії: *у чому врешті-решт полягає значення теорії розуму для проекту прав людини?* Тут буде обговорюватися другий фундаментальний виклик ідеї прав людини. Напад, пов'язаний із часткою сьогоденного нейрологічного нео-емотивізму, який цікавий сам по собі та володіє тим достоїнством, що критика цієї форми ревізіонізму прав людини надає значні евристичні переваги для конструктивного врахування теорії розуму та основ прав людини. Що і як теорія прав людини може винести з теорії розуму, і конкретніше, від менталістського погляду щодо етики та права, щоб забезпечити таке конструктивне врахування, буде розкрито у фінальній перспективі.

У сучасності є дуже серйозні політичні, культурні та теоретичні підстави для занепокоєння щодо проекту прав людини. Не слід приймати існування певного рівня цивілізації за належне втілення прав людини. Історія минулого сто-

¹ В оригіналі використовується термін «*theory of mind*», який не має точного і слушного аналогу. В літературі зустрічаються синонімічні версії «теорія розуму», «теорія теорії розуму», «модель психічного (стану)», «теорія розуму (свідомості)», як визнання та розуміння процесів мислення, здатності сприймати свої і чужі переживання, робити припущення про розуміння інших та ін. – Прим. перекладача.

ліття діє витверезно. Масові злочини були скоєні через фантастичні ідеології на кшталт націонал-соціалізму, які набули варварського поширення і впливу. Камю називав це з поважних причин «*le siècle de la peur*» (століттям страху), століттям такого страху, що виробив категоричний імператив «*ni victimes, ni bourreaux*» (ні жертви, ні ката), не стати ні жертвою, на катом. З огляду на це та додавши досвід багатьох страждань після цього загальносвітового катаклізму, недалеко минуле, звичайно, навчає не мати надто багато впевненості у гідній людській поведінці. Впевнено кажучи, такий скептицизм не обов'язково передбачає вердикт щодо розуму, утвердження теорій внутрішньої темної сторони чи аморальних рушійних сил людської волі. Однак це підживлює дуже давнє небажання недооцінювати крихкість цивілізації. Афіняни не відчували браку культури, однак все ще сіяли руйнування в Пелопоннеських війнах, для інших і, в кінцевому підсумку, для себе.

Таким чином, міркування з приводу розуму і прав можуть мати не тільки теоретичну важливість, а й практичну необхідність, щоб зрештою розвіяти сумніви з приводу виправдання прав людини, зміцнюючи зовсім не очевидну мотивацію щось робити, щоб захистити свої крихітні правила там, де вони існують, і щоб допомогти підвищити їх вплив, підриваючи джерела несправедливості та рабства в цьому світі, — те, що буде запропоновано у п'ять етапів цієї рефлексії.

II. Права людини та людське мислення — чому це має значення?

Тема розуму і прав не видається кожному очевидним плідним вибором. Міркування щодо цієї теми можуть здаватися дивними через те, що вони несвоєчасні та через їх неясні теоретичні переваги для сучасного розуміння прав людини.

Смутні часи, в які ми живемо, повні насильницьких конфліктів, що набувають масового масштабу й глибоко укорінених соціальних проблем. Війна в Сирії — очевидний приклад — спустошить країну для майбутніх поколінь. Нові політичні монстри такі, як ІДІЛ, вже народилися та виховуються в насильницькому релігійному сектантстві. Загрозлива небезпека нападів на цивільні об'єкти, як Шарлі Ебдо, подовжує еру 9/11 в жахливе майбутнє. В Україні війна викликає в уявленні погане передчуття продовження жорстоких війн в дусі холодної війни. Внаслідок Арабської весни така держава, як Лівія, звалилася, а інші, такі, як Єгипет, схоже, дрейфують назад до авторитарного майбутнього, що було їх минулим. Масова міграція перетворює Середземне море на кладовище. Конфлікти, подібно тому, що відбувається в Нігерії з Боко Харам, або тому, що є у Конго, привертають менше уваги, хоча їх жертви потребують уваги стільки ж, скільки будь-яка людська жертва у будь-якому місці на цій планеті. Нерозв'язана міжнародна економічна криза може призвести до багатьох потрясінь і подальшої несправедливості в багатьох частинах світу. І — що також не може бути забутим — такі проблеми, як глобальне потепління, залишаються невіршеними, незважаючи на серйозні просування у встановленні причин і подальших можливих кроків для запобігання екологічним катастрофам, які за всіма розрахунками мають великий вплив на права людини в майбутньому.

І є дещо, що також варте уваги. Права людини зазнають політичної атаки протягом років. У цьому, в принципі, немає нічого нового. Фундаментальні права відігравали багато ролей у історії людства, принаймні як етична ідея та правовий інструмент вони підривають політичну владу. Основоположні права, крім того, незручні не тільки для будь-якого прагнення необмеженої влади, тому що окреслюють межі її здійснення; вони неприємні для інших, що теж не менш важливо — часто зручно самовдоволені — соціальної більшості. Права людини покладають межі для їх здатності нав'язувати свою точку зору про право та належне іншим людям також. Права людини, таким чином, є цінним надбанням для будь-якої меншини, дисидентів і аутсайдерів або просто слабкої частини людських асоціацій. Те, що неприємне політичній владі та соціальній більшості, стає їх ворогами, і права людини є одним із них.

На додаток до цих знайомих демонів прав людини народжуються і нові загрози зсередини демократичних та конституційних систем. Яскравим прикладом є заходи, що застосовуються в так званій «війні проти терору», ерозія таких основоположних норм, як заборона тортур, серйозні загрози для приватного життя і самовизначення через міжнародні системи спостереження, які було виявлено в результаті розкриття документів Національної агенції безпеки (NSA) і в яких замішано багато країн, а не лише учасники альянсу «П'яти очей» (*Five Eyes*); підрив міжнародного верховенства права через продовжувані практики позасудових страт за допомогою дронів або симптомів нового релігійного нелібералізму, уособленням якого є заборона мінаретів у Швейцарії.

Ураховуючи такий стан справ, рефлексія стосовно прав людини не потребує виправдання. Але чому саме розум і права? Чи немає чогось важливішого для роздумів, якщо ми вже хочемо говорити про права, ніж така дещо ефірна тема? Чи не буде запит стосовно політики у сфері прав людини; ролі прав у насильницьких конфліктах і війнах, на кшталт згаданих вище; наслідків для соціального виміру економічної кризи та справедливості прийнятих рішень; складних стосунків прав людини та релігії або їх функцій у сучасних формах міжнародного впливу (серед багатьох інших проблем, які спадають на думку) — чи не буде цей запит більш актуальним підходом?

І чи немає іншої, кращої перспективи для того, хто хоче долучитися до теорії фундаментальних прав, перспективи стосовно проблем прав та культури, прав і нарративів сучасності, соціального конструювання або аналізу соціальної збірки прав? Чи не постає питання про взаємини між розумом та правами таким, що не має практичного значення і дещо застарілим теоретично?

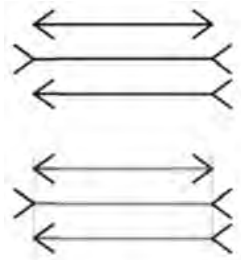
Є підстави вважати, що таке враження може бути оманливим, і саме пропонуваній підхід, навпаки, має вирішальне значення для розуміння прав людини і для вирішення цієї проблеми.

По-перше, з огляду на недавній сплеск інтересу до актуальності нейрології та емпіричної психології для розуміння етики і права, зовсім не надумано, а швидше, цілком очевидно, що необхідно розглянути для успіху справи деякі детальні уроки, які сучасна теорія людського розуму може надати для розуміння засад прав людини і — враховуючи установчу роль прав людини у правових системах — для засад правової справедливості. Нейрологія і психологія суттєво впливають на сучасне відображення нормативних питань. Відповідно неможливо уявити правдоподібну теорію прав людини без ретельних і глибоких розду-

мів стосовно того, важливе чи неважливе сучасне розуміння роботи людського розуму для розуміння прав людини.

По-друге, два види ревізіонізму прав людини мають бути згадані й підкреслені. Багато аргументів було висунуто проти ідеї прав людини, від сумнівів Бентама до нападу на абстрактні й загальні норми під егідою негативної діалектики або постмодерну. Два недавніх виклики додали деяких критичних перспектив цій лінії думки.

Перший можна назвати генеалогічним ревізіонізмом із деконструктивними нормативними конотаціями. Він формулює тезу, що права людини є нещодавніми, історично обумовленими та мають політично сумнівне походження, що згубно впливає на їх легітимність. Другий — це нейрологічний, психологічний ревізіонізм, що мобілізує, напевно найвпливовішу на цей час, модель людського розуму — теорію дуального процесу мислення — проти ідеї прав людини, стверджуючи, що ця ідея — просто продукт конкретного механізму розуму (свідомості), що не повинен, однак, скеровувати прийняття нами рішень. Наслідки таких теорій далекосяжні: права людини постають як щось на зразок когнітивної ілюзії в технічному сенсі, тобто ментального феномену, який обов'язково відчувається людьми, враховуючи безсумнівну подачу, через структуру людського розуму, однак насправді доставляє помилкову інформацію про реальний стан світу. Уявлення про вагомість прав людини є таким, що відчувається як необхідне, та таким само ілюзорним, як враження, коли ви бачите ілюзію Мюллера-Лайера (*Müller-Lyer illusion*).



Паралельні лінії з рисочками-плавниками стрілочками, що спрямовані в різні боки, виглядають коротшими за інші, хоча насправді всі мають однакову довжину з лінією у верхньому рядку. Це дуже добре відомий візуальний обман і, незважаючи на те, що кожен знає про подібний ефект, сприймає його у такий спосіб. Так само ідея прав людини постає когнітивною ілюзією, як стверджується: вони є відгалуженням психічних механізмів, які забезпечують певні ідеї, хочемо ми цього чи ні, і чия хибна природа може бути ректифікована тільки іншими формами раціонального мислення. Враження від обґрунтування прав людини, однак, залишається з нами як враження ліній різної довжини. Ми не можемо таким чином звільнити себе повністю від таких ідей, як права людини, але можемо навчитися ігнорувати їх, коли нам важливо це зробити.

Ці дві критики корисні тому, що вони приводять до двох питань, на які повинна відповісти будь-яка теорія прав людини. Перший вид критики тільки на перший погляд стосується питань моральної та правової історії. На більш глибокому рівні під загрозою опиняється легітимність прав людини. Якщо права людини мають упереджене, політично підозріле походження, то це підриває їх легітимність відповідно до згадуваної точки зору. Імплицитне припу-

щення таке, що критерії обґрунтованості, справедливості претензій передбачають обґрунтованість і, можливо, універсальність прав людини, тож вони мають визначене історичне походження, хоча не сформульовано, яке походження могло б зробити права людини легітимними, а лише яке походження робить їх нелегітимними. Ця теза в кінцевому підсумку може бути піддана критиці тільки альтернативною теорією обґрунтованості претензій щодо обґрунтування (виправдання) прав людини, і це неможливо без епістемології та онтології прав.

Зрозуміло, що дійсність і виправданість прав людини не можуть бути обґрунтовані без припущення, що твердження «права людини мають діяти як загальні (універсальні, визнані)» фактично є когнітивним актом, актом розуміння, а не помилкою. Це приводить до другого виклику. Відповідно до цієї позиції належний рівень наукового розуміння структури та когнітивні умови здійснення людської раціональності чи розуму чомусь не приносять аргументів для легітимації ідеї прав людини, не кажучи вже про їх універсальність. Навпаки, такі теорії стверджують, що є тверді наукові підстави вірити у необхідність радикальної і неповажної критики тих ідей, які безпричинно підносяться на п'єдестал чудових, вартих захоплення досягнень людства, та належним чином відправляються на звалище людської думки. З тієї точки зору, яка приймає основоположні принципи моралі та ідею прав людини як щось на кшталт когнітивної ілюзії, відроджується привід декартівського злого демону: всемогутній обманщик, він вважає, неймовірний, проживає в нас як частина когнітивної машинерії. Наш розум у кінцевому рахунку не спалахує осяянням, усупереч усім помилкам, що веде до прозріння, як Декарт (серед багатьох інших) сподівався. Навпаки, у самому серці людського розуміння містяться джерела мракобісся, що затьмарюють наше бачення, і серед них — ідея моральності прав людини. Для оцінки переваг таких претензій потрібно серйозно зайнятися питанням взаємовідносин між теорією розуму та правами людини і дослідити те, що можна дізнатися та чому навчитися з таких теоретичних атак.

Основне питання, що лежить в основі цих зауважень, крім того, глибоко вкоренилося в багатій і плідній традиції думки. Це центральне сократівське припущення, установче не тільки для так званої історії «західної» практичної філософії про те, що моральні принципи і особливо справедливість є об'єктом істинного людського розуміння. У цій рефлексії виробляються і мають найважливіше значення критерії справжнього прозріння, розуміння, на відміну від необґрунтованої думки або помилки. Тому центральним питанням від досократівської думки до сучасних теорій справедливості є те, що конститує справедливість і, отже, формує такі критерії.

Розуміння, однак, корениться не тільки там. Воно повинно здобуватися людьми через ментальний процес рефлексії, мислення, і отже, активне використання інструменту для отримання прозріння, розуміння: людського розуму. Звідси головне питання сучасної епістемології — чи важлива структура розуму для того, що вважати критеріями для розуміння? Інакше кажучи: чи є мислення чимось більшим, ніж просто чистим середовищем пізнання? Чи визначає воно — за своїми властивостями та структурою — те, що видається людині, як істину, а не як помилку? Чи мають властивості й структура розуму вирішальне значення для змісту мислення? Якщо так, ці ментальні властивості та структури мають бути досліджені для розуміння природи й основ людського пізнання, у тому числі морального судження і морального пізнання. Рефлексія не лише

сутності розуміння, а й розуму, що забезпечує розуміння, є, однак, класичним проектом сучасної філософії. І це — незважаючи на різні думки про структуру свідомості — загальна спроба Декарта, Локка та Лейбніца описати властивості людського мислення, які дозволяють людям зрозуміти, що вимагає «мистецтва і страждань», тому що «розуміння, як око, в той час як воно змушує нас бачити і сприймати всі інші речі, не сприймає себе». Це намір Юма довідатися про «секретні джерела і принципи, за допомогою яких людський розум приводиться до руху в своїх операціях», кантівський проект критики розуму, попит на «зрілу здатність судження нашого століття, яке не має наміру більше обмежуватися уявним, ілюзорним знанням і вимагає від розуму, щоб він знову взявся за найважче зі своїх занять — за самопізнання». Безперечно, цей проект був об'єктом численної критики, від сумнівів Гайдеггера щодо картезіанської метафізики до Вітгенштейнівського екстерналізму. Але він все ще може бути здійсненим, маючи деякі переваги, розглядаючи уважно «шляхи, за допомогою яких наше розуміння приходить до досягнення поняття речей», уникаючи філософського дослідження, що починається «не з того кінця».

Цей підхід має паралелі з сучасною філософією мови та її тезою про те, що теорія мови є необхідним елементом будь-якої теорії людського знання. Одне з її постійних питань, чи впливають властивості звичних мов на природу людського мислення, що робить його пов'язаним із певною мовою або, навпаки, вказують причини, які підтверджують можливість універсального людського мислення. Тут також не тільки матеріальні критерії розуміння, а й середовище, за допомогою якого може бути розуміння отримане, мають центральне значення, і деякими мислителями навіть розглядається як вирішальне значення для осягнення масштабів і меж людського розуміння.

III. Концепція прав людини

Концепція, або ідея, «права» чи, точніше сказати, «суб'єктивного права» надзвичайно складна та заплутана. Як буде показано в історичній рефлексії, важливо розрізняти слова, що позначаються цими термінами. Те, що передається термінами «право» чи «суб'єктивне право», може мати занадто багато значень. Воно навіть може бути виражене без будь-яких термінів, через обмеження або через те, що мається на увазі (підтекст чи сенс), те, що передбачається. Крім того, «правом» можуть називатися різні нормативні положення. Враховуючи це, нам потрібен грубий ескіз того, що буде позначатися тут як «право людини», або «фундаментальне право».

Право у досліджуваному сенсі — комплекс нормативних положень, призначених для носія, пред'явника, володільця або володільців та спрямованих на адресата чи адресатів. Ці нормативні положення або рішення включають те, що у стандартній термінології називається правом (у вузькому сенсі), претензією чи вимогою носія права щодо дій або утримання від них та кореспондуючий обов'язок адресата виконати дію або утриматися від неї стосовно носія права. Якщо особа має право на свободу слова, носій права може висловлювати свої думки, й адресат, наприклад держава, має утриматися від перешкоджання йому. Це необхідний зв'язок. Немає претензій, вимог без обов'язків, хоча є обов'язки без вимог, приміром, у випадку надмірних, надлишкових дій, що виходять за межі належного. Носій права може, але не зобов'язаний використовувати нормативне положення, яким він користується: він користується привілеєм діяти

чи не діяти певним чином. Приміром, носій права на свободу слова може висловити свою думку чи не висловлювати. Адресат не має нормативної вимоги до носія зробити так чи інакше. Право відкриває нормативно захищений простір для здійснення розсуду носія, визначений невтручанням носія обов'язку, що має зміст, точно протилежний вимозі носія права.

Права в цьому сенсі можуть містити повноваження, але не такі, як нормативні повноваження змінити нормативне положення інших. Такі повноваження іноді теж виступають у розумінні прав. Нормативна здатність, втілена у повноваженнях, корелює із відповідальністю суб'єкта вимоги щодо здійснення цих повноважень. Це відрізняє її від імунітету суб'єкта щодо згаданих повноважень, що передбачає нездатність агента (діючої сторони) до здійснення нормативних змін.

Голі, незабезпечені привілеї й вимоги можна уявити: їх нормативна впливовість (сила) слабка та полягає в можливості діяти або не діяти певним чином, не порушуючи при цьому прав іншої людини, у той же час перешкоди для здійснення привілеїв не порушують нормативного положення носія останніх. Фундаментальні права і права людини не спираються на такі привілеї. Дозвіл робити чи не робити щось простягається далі й спирається на вимогу носія адресатові та відповідного обов'язку зробити або не зробити щось, залежно від характеру права. Юридичне право, до того ж, підкріплене правовими інститутами та санкціями. Право розуміється нижче як своєрідний кластер чотирьох нормативних положень: претензій (вимог) і привілеїв носія, обов'язків і не-прав адресата.

Такі моральні й юридичні права можуть мати силу як зміст, наприклад, сила та впливовість свободи контракту підкріплюється привілеєм і вимогою носія та обов'язком адресата створити договірні зобов'язання або, у випадку з правом власності, свободою поступитися правом власності (в межах інших правових норм). Це нормативне положення може супроводжуватися імунітетами, приміром, не бути зобов'язаним контрактом, якщо тільки не погодився агент.

Носій або носії варіюються залежно від відповідного права. Це може бути одна людина, яка має конкретне право, наприклад, у договірних відносинах. Може бути група людей, наприклад, жителі або громадяни певної країни, що користуються однаковими правами. Щодо прав людини, власне кажучи, їх носіями є всі люди, тому що немає іншої кінцевої характеристики, ніж належність зацікавленої в них особи до людського роду. Фундаментальні права розглядаються тут як такі, що охоплюють права людини та мають вирішальне значення (і виключну важливість), однак не надані всім особам, часто з поважних причин. Повага до людської гідності у багатьох правових системах виступає і гарантується як право людини і у той же час через його важливість — як одне з фундаментальних прав. Право голосувати повсюдно обмежене громадянством або довгостроковим проживанням у державі чи інших державних структурах, подібних до ЄС, — і на це є очевидні причини. Утім право голосувати в певній спільноті має особливе значення для людини і, таким чином, виступає одним із фундаментальних прав, хоча і не є правом людини. Право на участь у певній спільноті, однак, є правом людини.

Права людини та фундаментальні права можуть бути моральними чи юридичними. Загальновідомо, що співвідношення права і моралі — предмет спір-

ний, і він залишається таким у випадку з правами людини та фундаментальними правами. Реалістична правова герменевтика вчить, що юридичні права не повністю незалежні від моральних. Навряд чи можна окреслити сферу будь-якого юридичного права, не звертаючи уваги на принципове врахування, що являє собою окреме фундаментальне право та фундаментальні права в цілому. Правова інтерпретація й застосування основоположних прав скеровуються теорією фундаментальних прав.

Правникам і юристам-теоретикам іноді здається, що вони можуть очистити право від не-юридичного впливу, особливо етичного, не в останню чергу тому, що етика розглядається як внутрішньо спірна, суб'єктивна та, відповідно, шкідлива для політичної мети права встановити авторитетний порядок, заснований — у демократії — на загальних засадах. Ця спроба не може бути успішною, вона приречена на провал, зокрема, тому, що норми з відкритою текстурою, такі як права людини, потребують інтерпретації та конкретизації. Інтерпретація буде з герменевтичною необхідністю вдаватися — явно чи неявно, свідомо чи несвідомо — до таких більш-менш рефлексивних теорій фундаментальних прав, які мають — серед іншого — етичний вимір. Що б ви не думали про діяльність Європейського суду з прав людини щодо абсолютної заборони тортур та інтерпретації ст. 3 Конвенції, ЄСПЛ додержується такої позиції: аргумент на користь або проти цієї інтерпретації буде включати в себе, хоче хто-небудь чи ні, складні етичні аргументи про абсолютну або відносну цінність людського життя, існування та обсяг людської гідності та конкуруючу важливість інших цінностей, наприклад, прав третіх осіб у випадках катування, яке застосовується для запобігання шкоди іншим особам, як у провідних рішеннях ЄСПЛ з цього питання. Крім того, каталог фундаментальних прав не обґрунтовується без етичних міркувань, оскільки вони є головними джерелами нормативного обґрунтування.

Право може бути адресоване одному індивіду, багатьом або всім. Право може бути відносним або абсолютним. Юридичні права людини спрямовані проти публічної влади, національної, наднаціональної або міжнародної. Залежно від стану розвитку відповідної системи вони мають прямий або опосередкований горизонтальний вплив, зобов'язуючи, таким чином, приватних осіб. Подібний нормативний ефект мають позитивні зобов'язання, широко визнані на світовому рівні, за деякими винятками. Моральні права людини спрямовані на приватних осіб. Приміром, нігерійські селяни мають моральне право на те, щоб навколишнє природне середовище не руйнувалося діями приватних компаній, що видобувають нафту. Так само моральні права можуть бути спрямовані проти публічної влади. Хоча ніхто не може мати юридичного права на будівництво мінаретів у Швейцарії на законних підставах (незважаючи на деяку незрозумілість законодавства в цьому випадку), є достатньо серйозні підстави вважати, що існує моральне право віруючих визначати форму сакральних будівель, звичайно, у межах загальних правил, приміром, щодо безпеки будівництва, і що це моральне право нелегітимно, незаконно порушується заборонаю на будівництво мінаретів.

Зміст каталогів прав людини змінюється, часто вирішальним чином. Однак є група центральних позицій, які містять незаперечні елементи фундаментальних прав: гідність, життя, тілесна недоторканність, свобода, рівність та, дедалі більше, солідарність. Крім того, розвинені кодекси включають інші права, що

впливають із генеральних каталогів прав людини, призначені служити та захищати їх стрижневий зміст, наприклад, соціальні права, політичні права, установчі права, пов'язані із застосуванням прав, приміром, щодо судової системи. Загальна декларація прав людини — яскравий приклад цього.

Наведені зауваження досить поверхові та залишають осторонь багато кваліфікацій прав, особливо в розвинених правових системах. Але їх достатньо для наших обмежених цілей.

IV. Історія прав

Після цих роз'яснень можна звернутися до такого запитання: як еволюціонувала ідея прав людини, розуміння їх як заплутаної мережі нормативних положень всіх людських істот, що встановлюються через привілеї та відсутність обов'язків стосовно інших, що обмежують здійснення привілеїв, вимог та пов'язаних обов'язків, які зобов'язують усіх, принаймні як моральні права, як нормативно обмеженого і захищеного простору для індивідів, який забезпечує людську гідність, життя, недоторканність, свободу, рівність та існування в моралі та праві? Які уроки впливають з історичної траєкторії, розвитку цього питання?

Дивлячись на сучасні дебати, можна помітити, що історичний аналіз використовується в дискусіях про права людини з небезпечною метою розкрити темну історію прав, які розглядаються не як універсальні сподівання людського роду і «те, що відкриває двері в закритих суспільствах» для розширення прав і можливостей слабкої частини суспільства, але як практична опора прихильності певній політиці, упередженості та політичній релігії. Це завдання згадуваних вище історичного та генеалогічного ревізіонізму щодо прав людини. Можливе (умовне) джерело походження прав людини — не просто нейтральний історичний факт, їх темне минуле показує, що вони не «остання утопія», і зрештою делегітимізує права за рахунок реакційного, релігійно упередженого походження, незважаючи на подальші трансформації, і, в кінцевому підсумку, кидає сумнівну тінь на їх вплив, наслідки та ефект.

Подібна перспектива може здаватися дивною, оскільки історичний розвиток як такий не може виправдати (обґрунтувати) чи делегітимізувати нормативний інститут, тому що фактична історична траєкторія не надає нормативних причин. Хід історії — це одне, обґрунтування продукту історії — зовсім інше, не тільки у випадку прав людини.

Однак, ураховуючи нинішні дебати і підкреслювану в них думку, що генеалогія може дійсно бути затребуваною для обґрунтування, корисно зробити паузу на мить і запитати: може ці голоси праві? Може права людини дійсно уражені та забруднені своїм темним походженням, витоками? Перший важливий крок у розслідуванні щодо прав людини, оцінюючи такі претензії, — не зробити методологічної помилки, звертаючи увагу на слова чи терміни, на кшталт *rights*, *Recht*, *ius* і т. д., але звернутися до ідеї, змісту таких історичних і водночас актуальних термінів. Що це за ідея, було вказано вище, і вона має принаймні два основних виміри: формальний концепт права та конкретний зміст того, що розглядається як фундаментальні права або права людини. Належна історія прав людини та фундаментальних прав повинна зважати на ці два виміри, а також на те, як і коли вони перетинаються.

Отже, якщо хтось думає про історію ідеї прав людини, потрібно шукати експліцитні та, що більше заглиблюється, швидше за все, імпліцитні вирази цієї ідеї. Цей крок багато в чому є основним для того, щоб уникнути другої помилки: інтелектуальної та часто культурної, а точніше, західної елітарності. Навіть сьогодні є люди, які відчують брак яких-небудь слів для прав людини, але не брак центральної ідеї, як щодо нормативного вигляду, так і основного змісту. Неграмотна жінка, з якою жорстоко поводжуються та яку, напевно, гвалтують представники Боко Харам, не в змозі буде висловити нормативні вимоги, які вона по праву має у гофельдівській термінології, ні їх змісту з точки зору технічної мови кантівської концепції гідності, але цілком справедливо вона може мати ідею, в якійсь неясній формі, що те, що з нею відбувається, неправильно, що вона має бути вільною, щоб її залишили у спокої, щоб її тіло та внутрішній світ не постраждали від таких актів, що вона, як людська істота, може по праву вимагати не зазнавати подібного ні з боку держави, ні приватних осіб, і що кожен повинен утримуватися від заподіяння їй шкоди такими пагубними шляхами. Було б жахливо грубим і приголомшливо провальним для будь-якої теорії прав людини не звертати увагу на цей факт.

Те саме, очевидно, є правильним щодо історичної перспективи. Тому недостатньо ввести терміни в пошукових системах та вставити історичні тексти у цифровому форматі, що містять такі терміни, як *rights*, *Recht*, *ius* і т. д., щоб дійсно написати інтелектуальну історію ідеї фундаментальних прав та прав людини. Треба дивитися на цю ідею, або принаймні її центральні елементи, і не тільки в канонічних текстах високої культури, але в соціальній практиці, не в останню чергу в боротьбі простих людей, які в ході історії неодноразово виявляли свою переконаність та резони переконаності в тому, що вони користуються певним нормативним положенням, обґрунтованою претензією на дозвіл робити чи не робити щось і мають основні засоби захищеного життя, зацікавлені в них. Доступні й інші джерела, приміром, естетичні саморепрезентація (самоуявлення) та самозасвоєння (самоутвердження) людського буття та суті самими суб'єктами у мистецтві. Історія прав людини знов пропустить важливий аспект розвитку таких ідей принаймні без відчуття того, якого вияву набула, наприклад, людська гідність в естетичній сфері. Або, щоб конкретизувати це деякими прикладами, зустріч Одиссея з ефемерною і в'янучою тінню своєї матері в підземному царстві й те, що це говорить нам про значення смерті, страждання Еврипідових жінок у Трої, траур сидячих середньовічних теракотових фігур у дельті Нігеру, пісні Шахеризади проти смерті, прощальне хайку, приписуване Басю, «захворів у дорозі / і все біжить, кружляє мій сон / випаленими полями» або бунтівна непокора випрямленої фігури чоловіка зі шрамом перед розстрілом на полотні Гойї «Трете травня 1808 в Мадриді» повністю втрачають значення, якщо хтось питає, чи є гідність властивістю статусу людини, людського стану?

Навіть якщо обмежити погляд на історію думками, вираженими у канонічних текстах, зрозуміло, що сліди ідеї прав людини надзвичайно різноманітні. Достатньо навести три приклади з дуже несхожих епох: Античність, Рання сучасність, Просвітництво. Значний внесок до історичного аналізу прав передбачає наявність одного моменту, який не можна пропустити, — те, що треба шукати під поверхнею використання термінів, якщо серйозно займатися цим питанням. У результаті було визначено — і цілком справедливо — що можна

знайти імпліцитне твердження про права в основних античних теоріях справедливості не тому, що деякі слова були знайдені в текстах, але через правильний, сутнісний і, звичайно, складний аналіз цих теорій і того, що вони тягнуть за собою, що зробило таку інтерпретацію переконливою. Так, права у цих теоріях не були Загальною декларацією в грецькій дійсності, багато у чому вони абсолютно суперечать слушному набору прав людини, утім, являють собою щось актуальне й цікаве з точки зору історії ідей. Це стосується не тільки того, наскільки далеко простягаються пошуки формальних категорій та їх використання, а й додаткових нарисів важливих контурів історії, наприклад, якщо хтось думає про сократівську повагу до людської автономії, ставлення до інших та наслідків цього.

Традиція природного права в європейському контексті надає багато інших прикладів. Візьміть Гроція: він повсюдно розглядається як той, хто відродив схоластичний погляд на природне право з корінням у думках отців церкви та стоїків і перетворив на концепцію, що лежить в основі сучасної природно-правової традиції. Гроцій мав аналітично складну ідею прав людей, принципово не обмежену належністю до певних груп, хоча його теорії не бракує елементів, які могли підкріпити імперську ідеологію європейських держав, що завдала так багато шкоди та страждань людям, які зазнали панування Європи. Наведений приклад має певне значення: робота Гроція протягом століть формувала основу і приклад не тільки правової, а й етичної думки в інтелектуальних колах європейського культурного контексту. Нарешті, ідея фундаментальних прав та прав людини помітно набрала сили в епоху Просвітництва, і її безпосередні передвісники не потребують суттєвої аргументації.

Останнім часом багато зусиль було витрачено на те, щоб критично оцінити упередженість і обмеженість класичних елементів правової думки та віддати належне іншим традиціям практичної філософії за межами так званої «західної традиції». Існує причина продовжувати таку роботу, яка додає ще один вимір складності в межах історії прав людини.

У світлі викладеного — багатства історичної думки щодо прав, необхідності аналізу теорій для виявлення імпліцитних ідей замість пошуку слів-термінів, усвідомлення різноманіття форм людського вираження та їх змісту, важливого й такого, що часто знаходиться за межами теоретичного мислення, віддання належної поваги глибоким етичним проявам людської діяльності за межами елітних кіл, не в останню чергу людської боротьби, потреби у відмові від європоцентричної чи іншої парафривальної перспективи — теза про те, що ідея та значення прав людини є нещодавнім продуктом діяльності *Amnesty International* (захоплююсь нею), Джиммі Картера та католицького персоналізму разуче оманлива. Історія прав людини — приклад «спадкоємності та розриву», й ідея прав людини, як описано вище, звичайно, не була явно сформульована з початку часів у всіх культурах. Не в останню чергу тому, що історія людства — довга подорож до людського саморозуміння, звивистий, трагічний курс із ранніми досягненнями та епохами регресу, повільним вимірюванням глибини найбільш важливих проблем та уразливості, нарешті, формуванням концепції людяності, заснованої не на упередженій і фрагментованій ідеології виключення за ознакою статі, кольору шкіри, культурного походження тощо. Однак виявлено багато слідів ідеї в історії, не тільки у вищих ешелонах знаменитої думки та мистецтва багатьох культур, а й на задвірках історії, де перебувають речі забуті,

зневажені, залишені й часто репресовані, ті, що досі показують, в актах повстання та повсякденної шляхетності, які права, що у них було відмовлено, дійсно потрібні.

Таким чином, права людини глибоко вкорінені в історії. Вони не монополізовані тільки однією культурою, системою мислення, релігією чи політичним порядком денним. Певно, права людини були і зараз ще є об'єктом зловживання з політичною метою. Це, здається, доля будь-якої видатної людської ідеї. Але ідею необов'язково делегітимізують зловживання політичних супротивників. Права людини, втілені у праві, однаково не є безневинним потомством прекрасного морального духу. Вони є продуктом багатьох політичних сил, включаючи ті, які іноді були дуже далеко від будь-якої серйозної прив'язаності до ідеї прав людини. Знову ж таки, це не дивно, враховуючи те, як людські інститути формуються в історії. Однак права людини необов'язково забруднені їх витоками, походженням, якщо вони в іншому відношенні обґрунтовані та виправдані. З огляду на це, не вдається забезпечити вирішального елементу історії прав людини: «історично переконливого врахування нормативного впливу на ідею прав людини».

Звідси цікаві уроки історії ідей піднімають питання, що дуже відрізняються від обговорюваних сучасним історичним ревізіонізмом щодо прав людини. Питання ці звучать так: чому ідея прав людини в тому чи іншому вигляді з'являється в абсолютно різних історичних і культурних контекстах? Чому вона процвітає сьогодні, не в останню чергу на низовому рівні, незважаючи на багатьох політичних супротивників? Які глибокі причини цього факту? Єдина відповідь на ці фундаментальні питання заснована на припущенні практичного розуміння в принципі, загального для всіх людей, здійснення якого приводить їх до якогось уявлення про права, якщо останні позначаються на їх екзистенціальному становищі.

Це жодним чином не дивовижна чи незвичайна гіпотеза, оскільки таке фундаментальне припущення характерне для багатьох напрямків думки в історії людства, а не тільки для очевидних випадків, на кшталт теорії природного права та теорії морального розуміння просвітництва. Це приховані робочі гіпотези сучасної культури прав людини, буквально мільйонів людей, незважаючи на важливість різного релятивізму для академічних та деяких політичних дебатів. Основоположне припущення проекту прав людини — те, що вони мають сенс для всіх. Весь проект починається з ідеї, що будь-яка людина наділена «розумом і совістю», здатна зрозуміти, що існують права людини для себе та інших і це не залежить від культури, виховання, статі, кольору шкіри тощо. Проект прав людини — частина оптимізму стосовно можливості загальнолюдського порозуміння: незважаючи на численні перешкоди, потужні ідеології, що розпалюють ненависть, культивування моральної обмеженості в певних інтелектуальних колах, здається ймовірним, що люди можуть пройти можливо довгі та болісні процеси рефлексії і культурних змін, щоб зрозуміти: права існують і вони варті уваги та піклування, потребують пристрасті й самопожертви для того, щоб дійсно надати їм життя.

Таким чином, правильна відповідь на виклик генеалогічного, історичного ревізіонізму щодо прав людини — немає доказів історичної універсальної присутності прав людини в історії людства. Такі докази не є ані можливими, ані необхідними. Істинна відповідь на історичний генеалогічний та нормативний

релятивізм прав людини — переутвердження причин, по-перше, для дійсності прав людини і, по-друге, для припущення про реальність фундаментальної й універсальної здатності людей до морального пізнання, що забезпечує епістемічний доступ до ідеї прав людини для всіх і кожного. Людська здатність проникнення до суті морального — не просто привілей певної еліти, якогось особливого народу, культури чи релігії. Це не привілей білих і чоловіків, і це не привілей одноразовий, тільки для одного історичного моменту чи етапу розвитку. З цієї точки зору, історія ідеї та практики прав людини — це історія постійно поновлюваних підходів до цієї великої ідеї, у дуже різних формах, історичних, соціальних, культурних та релігійних контекстах, часто імпліцитних, завжди фрагментарних, непевних і недосконалих. Наш час — просто одна з глав цієї історії. І, звичайно, інші часи будуть краще розпізнавати межі нашого розуміння та практики фундаментальних прав. Немає причин для припущення, що ми будемо жити краще, ніж в інші часи, що ми повною мірою будемо усвідомлювати те, що так важко розробити та розвинути і ще важче наповнити реальним життям.

Критика широко обговорюваних викликів прав людини, отже, ставить два питання, які відображають реальну суть проблеми: по-перше, чи є права людини виправданими (обґрунтованими), і якщо так, то яким чином? По-друге, чи релевантна теорія розуму щодо епістемологічних переваг й онтологічної імовірності такої теорії обґрунтованості?

Таким чином, історичний підхід або навіть історизм не позбавляють потреби у зверненні до теорій обґрунтування прав людини, їх епістемологічних та онтологічних аспектів. Огляд переваг історичного ревізіонізму щодо прав людини — не невинуватий відступ, але прямування та підведення до центральної теми цих зауважень, питання про взаємозв'язок між людським мисленням та ідеєю прав людини, точніше, чи може ідея всезагальної здатності до морального розуміння, практичного розуму, що поділяється всіма людськими істотами, мати який-небудь сенс у сучасній думці.

Передумова для відповіді — теорія обґрунтування прав людини за межами конкретних політичних або релігійних стратегій, які сподівалися використати ідею прав людини зі своєю метою. Така теорія говорить нам, які резони виправдовують права людини. Тільки якщо ми уточнили це, можна ставити питання, чи має певна структура людського розуму якесь значення для проекту обґрунтування, не в останню чергу делегітимізує його, як стверджують нейрологічний, нео-емотивістський скептицизм щодо прав людини, які будуть обговорюватися пізніше.

V. Обґрунтування прав

1. Різноманітність обґрунтувань

Чи є права людини виправданими й обґрунтованими? Для відповіді на це запитання слід розрізняти пояснювальні та виправдувальні теорії, хоча іноді пояснення і твердження про легітимність або нелегітимність прав людини комбінуються не тільки як, наприклад, у генеалогічному ревізіонізмі, про який йшлося вище, а й у інших підходах, тих, які спрямовані на захист ідеї прав людини. Пояснювальні теорії говорять нам про причини існування прав людини. Їх можна уявити багато — соціальні, історичні, політичні, антропологічні, когнітивні. Жодна з них як така не має вирішального відношення до обґрунтування

прав людини, останні, в кінцевому рахунку, засновані не на якому-небудь причинно-наслідковому врахуванні походження прав людини, але на нормативних підставах їх легітимності — тема, до якої ми ще повернемося.

Є різні теорії обґрунтування прав людини, деякі з них деонтологічні, деякі консеквенціалістські, деякі впливають з етики доброчинності. Так, *теорії соціального функціоналізму* стверджують, що права людини можуть бути не тільки пояснені, а й виправдані через їх функції для успішної соціальної інтеграції, зберігаючи «відкрите майбутнє» для відтворення автопоетичної соціальної системи. Аргументи на користь прав людини з точки зору *економічного аналізу права* вказують, що деякі форми прав людини підвищують ефективність. Такий аналіз може бути інформований *поведінковою (біхевіоральною) економікою* та дослідженнями з психологічної евристики, окреслюючи патерни та упередження, такі як неприйняття ризику в теорії перспективи, факторинг, можливо, деонтологічний поріг в аналізі витрат і вигод. *Контрактуалізм* обґрунтовує права людини передбачуваною згодою сторін договору, теорією дискурсу з приводу консенсусу, що досягається після дорадчого процесу в умовах ідеальної мовної ситуації, де не може, але панує «*zwanglose Zwang des besseren Arguments*», «неви-мушена сила кращих аргументів», що усвідомлює основоположне право, дозволяє рефлексивне самосхвалення суб'єктивності всіх і кожного без домінування. *Теорії інтересу чи потреби* стверджують, що деякі інтереси або потреби людини мають таку значущість, що призводять до виникнення прав людини. *Теорії теологічного персоналізму* засновані на «експансивному натуралізмі» виправдання прав людини, оскільки вони є передумовою для людської участі (співучасті). *Інтерпретаціонізм* вважає, що приписування прав є результатом кращої нередукованої нормативної інтерпретації поняття, яке не має критеріального чи натурального вигляду, однак може бути витлумачене, виходячи з вирішального значення людської гідності як самоповаги, справжності та поваги до людськості інших.

Список є не остаточним. Однак врахування наведених прикладів дозволяє з'ясувати, які елементи має містити теорія прав людини. Скажімо, теоріям соціального функціоналізму бракує ключового нормативного елементу, не в останню чергу тому, що деякі з них неправильно розуміють функцію прав людини. Права людини захищають головні блага, потреби індивіда (те, що найбільше йому потрібно), безвідносно до того, функціонально це для суспільства чи ні. Свобода слова може використовуватися для досить соціально дисфункціональних цілей. У будь-якому разі права людини є інструментами для захисту осіб, а не інструментами для захисту функціонування суспільства як такого. Крім того, права формулюють еталони (мірки) для цілей соціуму — якими б вони не були, такі цілі передусім не повинні порушувати права людини. Внаслідок цього неправильного уявлення функціоналістські теорії не вказують нормативних принципів, що лежать в основі призначення та розподілу прав і визначення соціальних цілей, яким вони служать, у тому числі нормативного калібрування призначення суспільства.

Засновані на врахуванні ефективності підходи мають зіставні недоліки: вони упускають ключові точки прав людини, забезпечуючи нормативні принципи за межами ефективності. Права формулюють граничні умови для будь-якого режиму ефективності, отже, передбачають обґрунтування, що виходить за межі аналізу витрат і вигод. Поведінкові право та економіка потребують таких само

принципів: асиметрія, перекося у рішеннях, що пов'язані з евристикою, рамковими ефектами чи упередженням, є важливими елементами реалістичної теорії прийняття рішень людиною. Картина обмеженої раціональності, однак, призводить до проблеми того, які принципи повинні бути керівними у прийнятті людиною рішень, замість того, які нормативні принципи мають бути вирішальними для подолання недоліків загального прийняття рішень людиною. Контрактualізм залишає питання нормативних засад договору відкритим, точніше: чому закономірно, що людські істоти пов'язані тільки тими зобов'язаннями, які можна уявити прийнятими вільними й рівними особами? Де шукати не-контрактualістичні передумови, від стебла яких пішов контрактualізм? Дискурсивна теорія правильно робить упор на незамінності індивідуальної автономії та суб'єктивності, що можуть бути нормативними вимірами легітимності нормативного змісту. Незважаючи на це, вона стикається з пов'язаною проблемою: дискурс в технічному сенсі — нормативно навантажена справа. Можна дискутувати щодо охоплення, того, куди простягається мінімальна етика, втілена у комунікативній діяльності. Яким би це охоплення не було, воно не включає вимог про інклюзію будь-кого до дискурсивних патернів, форм у першу чергу, та, у більш загальному вигляді, поваги до людськості, що містять права людини, незалежно від форм комунікації. Повага до інших людей та їх прав — ультимативна передумова для дискурсивної і деліберативної практики й цивілізованого *Lebenswelten* (життєвого світу); дискурсивні практики та цивілізований життєвий світ можуть, таким чином, не бути основним нормативним фундаментом прав людини. Теорії інтересу та потреб акцентують увагу на важливому конструктивному моменті, коли підкреслюють, що теорія прав людини не може існувати без посилання на важливі для людини речі, нагальні потреби й блага, які захищають права. Однак у цих теорій є спільна проблема: як певні (безсумнівні) інтереси та потреби породжують нормативні вимоги й привілеї з боку носія права та обов'язки з боку адресата? Це не очевидно. Всі види інтересів чи потреб не мають нормативних наслідків для всіх і кожного. Чому це повинно відрізнятися у випадку певних інтересів чи потреб? Існує розрив у аргументації між описовим припущенням, що люди мають певні безсумнівні (важливі, нагальні, екзистенційні) інтереси чи потреби, й нормативним припущенням, що вони на законних підставах володіють правами для забезпечення таких інтересів і потреб. Ми можемо припустити, що це дійсно так, якщо кваліфікувати теорію пороговим критерієм, відповідно до якого передумова прав людини — те, що захищений інтерес може бути задоволений і наслідки права не надто обтяжливі для інших. Краща відповідь на це упущення видається такою: людина користується фундаментальними правами через нормативні принципи, які приписують, за яких умов певні нагальні потреби та блага нормативно релевантні та створюють претензії, привілеї й обов'язки. Найважливіше значення мають тут принципи справедливості, про що буде докладно сказано далі.

Теорії людської участі передбачають, що участь (співучасть) має таке велике значення, що вона повинна бути захищена правами. Це, звичайно, правильно. Однак, де шукати коріння права на участь? Чому саме важливість чогось повинна бути умовою існування для дуже специфічного нормативного положення не лише власника, а й адресата (адресатів)? Крім того, права людини захищають набагато більше, ніж тільки участь, чи не так? Нарешті, інтерпретаціонізм: провідний принцип гідності розуміється як самоповага і повага до інших. Це дуже

твердий принцип, але які причини для його захисту? Що є відповіддю багатьом скептичним голосам щодо гідності?

Можна багато чого дізнатися з викладених теорій, і ніхто з працюючих у цьому полі не має відчувати надмірної впевненості у тому, що він або вона запропонує щось настільки ж глибоке, як вони. Незважаючи на це, жодна з теорій, уявляється, не надає повністю задовільної відповіді щодо обґрунтування прав людини. Звідси може бути корисним зробити крок назад і знов розглянути, як можна досягти щодо цього певного прогресу.

2. Обґрунтування та зміст

Права — нормативний інструмент для захисту того, що безумовно потрібно людським істотам. Термін «потреба» наводиться тут у сенсі, який охоплює все, що має значення, цінність для людини. Деталі у сфері прав людини досить спірні та постійно уточнюються й розроблюються в галузі права у роботі тисяч юристів, у судових рішеннях, законодавчих актах та обговореннях нових нормативних викликів. Однак центральні елементи — повага до виключної, вищої й невід'ємної цінності людей, їх фізична та психічна цілісність, свобода, рівність та — напевно, більш прискіпливо — засоби для їх фізичного існування, амбітніше, мінімальні матеріальні умови гідного життя. Права людини передбачають ідею справедливого виділення та розподілу основних благ (цінностей), таких як повага та свобода. Відповідно, будь-яка теорія прав людини має містити принаймні дві речі: вона повинна зайняти позицію — явно чи неявно, експліцитно чи імпліцитно — відносно, по-перше, теорії людських потреб (благ, цінностей), і по-друге, нормативних принципів, що дають початок особливим правам, якими володіють особи, і що виправдують розподіл благ (цінностей) при реалізації прав.

Три тези можна окреслити у вигляді контурної карти, що дають надію і перспективний спосіб сформулювати таку теорію обґрунтування прав людини.

По-перше, немає ніякої теорії людських потреб (цінностей, благ) без субстанційної антропології. Права людини захищають потреби не будь-яких істот, а саме людських істот. Не може бути обґрунтування важливості свободи та самовизначення без припущення про те, що людські істоти зроблені з такого матеріалу, що свобода і самовизначення є дуже цінними для них. Проблема самовизначення не постає перед мурахами, хоча вони чудові організми. Перед людиною ця проблема постає. Бджоли не мають проблем із монархіями, людські істоти мають. Багато дискусій точиться навколо співмірності та інтерперсонального (міжособистісного) порівняння потреб (цінностей) різних суб'єктів. Важливий елемент відповіді на це питання — спільна, загальнолюдська природа людських істот. Дійсно, людські істоти мають зовсім різні вподобання, інтереси та потреби. Але деякі основні, нетривіальні речі є загальними, спільними, і права людини — вираз фундаментального розуміння цих загальнолюдських інтересів і потреб. Проект прав людини виражає не менше ніж досить шляхетну й величну тезу про елементи людської природи, в тому числі припущення, що життя, свобода, рівність і повага мають таке всесвітнє, універсальне значення для людини, що вони мають бути захищені правами. Уряд, державна влада, за відомим твердженням, є «найвеличнішим з усіх роздумів про людську природу» і права людини — частина цієї рефлексії.

По-друге, будь-яка теорія прав людини втілює теорію історичних, соціальних і політичних умов реалізації людських потреб (благ, цінностей). Свобода

слова передбачає ідею, що вільний обмін ідеями та думками насправді сприяє процвітанню індивідів та спільноти. Диктаторський авторитаризм, навпаки, припускає, що лише обмежене вираження приносить користь спільноті і, в кінцевому рахунку, індивідам (якщо розглядати його як доктрину, а не тільки як певний цинічний ідеологічний пристрій для підкорення людей). Свобода віросповідання передбачає, що насправді не в інтересах осіб, щоб всі інші релігії, окрім Однієї Істинної, були придушені. Знову ж таки, нетривіальне припущення. Сторіччя насильницького переслідування віруючих інших конфесій і їх інтелектуального захисту засвідчують це. Чим глибше занурюєшся в обґрунтування прав, тим важливішим стає цей аспект теорії прав людини, оскільки все більше аргументів потрібно, щоб показати, що конкретне окреслення чи інтерпретація прав людини на ділі служать цілям, для яких призначені та яким сприяють права людини.

По-третє, будь-яка теорія прав людини повинна визначити основні нормативні принципи, які конститутивно входять до обґрунтування прав. Ймовірні кандидати, насамперед, принципи егалітарної справедливості та принципи людської турботи й солідарності. Принципи справедливості — ключ до проблеми, чому права людини концептуалізуються як рівні права. Вони також дають відповідь, чому певні потреби (цінності) — будь то інтерес чи потреба — мають нормативну релевантність. Причиною є поєднання справедливості та прав: інтереси та потреби як такі нормативно нейтральні. Справедливість розподілу благ (цінностей), як щодо належності до людського роду як критерію розподілу, так і щодо інтерперсонального стандарту розподілу серед людей, приводить до існування прав, наприклад, до рівного статусу і свободи. Справедливість — джерело прав.

Другий принцип — турбота чи солідарність. Є обов'язки турбуватися про інших; це ядро моральності та етики. Ці обов'язки не безмежні, але до них входить, наприклад, обов'язок не допустити, щоб хтось помер, якщо допомога може бути надана без шкоди переважній більшості важливих інтересів суб'єкта. Права часто важливіші за хліб; вони можуть бути питанням життя і смерті. Тому спільна людська турбота та солідарність роблять свій внесок у захист прав інших осіб, приміром, шляхом підтримання правопорядку, який захищає такі права, сплати податків, надання політичної підтримки міжнародним інституціям з захисту прав людини або участі у неурядових організаціях, прагнуть поліпшити політичну культуру прав людини. Обов'язок турбуватися — це теж джерело прав.

Реальність захисту прав людини ставить багато складних проблем, у тому числі питання, який морально законний тягар може бути нав'язаний іншим, на перший погляд і все обміркувавши, а також питання можливостей та обмежень забезпечення певних людських потреб правами. Сумісною чи несумісною зі свободою віросповідання, релігії буде заборона паранджі на публіці — це може бути вирішене тільки після субстантивної рефлексії щодо призначення цього права, виду свободи, яка захищається, деяких серйозних міркувань про те, що суспільство може зажадати від особи: чи дійсно *«vivre ensemble»* (жити разом) — достатня причина змусити людину не носити паранджу (за думкою ЄСПЛ), як впливає така заборона на жінок, чи звільняє це їх від гноблення або змушує їх спускатися глибше в підземелля ізоляції і т. д. Розглянуті принципи не дають відповіді на всі ці питання. Отже, вони лише частина повного розгортання прав людини, не в останню чергу важкої доктринальної роботи права, однак необхідна частина, що буде цікавити нас надалі. Враховуючи тему цих зауважень, цен-

тральними є такі питання: яке походження визначених нормативних принципів? Який їх епістемологічний і онтологічний статус? Такими є найближчі завдання, які потрібно врахувати.

VI. Права і моральне пізнання

1. Епістемологія й онтологія

Пізнання обґрунтування права досягається серією розумових дій за допомогою набору когнітивних суджень. Таке судження має пропозиціональний зміст «право “X” обґрунтоване», наприклад, через вираз «свобода слова варта захисту». Це твердження, по суті, комплекс тверджень. Воно означає, як пояснено, твердження щодо корисності певного права, такого, як свобода слова, в людських співтовариствах (для вираження людської особистості, прагнення до істини, захисту демократії і т. ін.) і, нехай не завжди явні, антропологічні претензії щодо важливості свободи для людини. Складнощі зростають внаслідок того, що права людини іноді постають у дуже абстрактних формах. Однак частіше норма встановлена у більш диференційованих термінах, у тому числі режимі виправданого втручання. Це має вирішальне значення, оскільки саме режим обґрунтованих втручань визначає справжній зміст права. Фінальне судження «право “X” обґрунтоване», таким чином, охоплює в цьому випадку складні аргументи не тільки щодо *prima facie* погляду на межі та обсяг права, а й щодо інших цінностей, які розглядаються як виправдані обмеження цього права та визначають ступінь можливих обмежень. У цьому контексті принципи пропорційності стали ключовим елементом сучасних каталогів прав людини та іноді підкріплюються захистом сутності права.

Складність цього судження буде турбувати нас далі, коли ми розглянемо деякі претензії сучасної нейрології з цього приводу, оскільки огляд і врахування такої складності, як ми побачимо, характерні для деякої радикальної нейрологічної критики прав людини.

Один з елементів цієї зв'язки тверджень становить особливий інтерес для нормативної теорії: твердження про *моральне* обґрунтування права. Це необхідний елемент будь-якого обґрунтування прав людини. Багато міркувань присвячено правам людини, але не може бути легітимності прав без їх виправдання з точки зору моралі. Ніхто серйозно не сприйняв би Генеральну Асамблею ООН, якщо б пролунала заява, що Загальна декларація прав людини підвищує ефективність і, отже, приймається, навіть якщо вона несправедлива як каталог прав. Каталог прав людини, який не претендує на закладення справедливого та морально відповідного набору норм, не може вважатися належним і правильним каталогом права людини.

Твердження про нормативне обґрунтування права у цьому вузькому сенсі морального судження (як елемент зв'язки вельми складних виправдувальних аргументів щодо прав людини) має бути принципово ментальним актом. Примха не є обґрунтуванням. Застосування нормативних принципів у разі оцінювання — право людини на розгляді — надає ментальне судження морального обґрунтування цих прав. Але що це за принципи? І як обґрунтовуються, наскільки виправдали себе принципи, застосовані для обґрунтування норм, таких як права людини? Це два великих питання практичної філософії, які приводять до серцевини нормативної складової теорії прав людини. Відповідно, багато принципів були сформульовані в історії ідей, щоб визначити та закріпи-

ти принаймні деякі вихідні елементи моралі, від думки Сократа, що краще страждати від несправедливості, ніж творити несправедливість, до категоричного імперативу Канта тощо. Враховуючи те, що вже було сказано про обґрунтування прав, імовірною є теза про те, що принципи рівності та справедливості, обов'язки людини турбуватися (про інших) відіграють вирішальну роль щодо цього.

Проблеми змісту та обґрунтування нормативних принципів, що спрямовують моральні судження, приводять до цікавих запитань. Чи може залежати зміст таких принципів від структури людського розуму? Чи можуть вони в той чи інший спосіб визначатися властивостями розуму людини? Чи є природа та структура людського мислення визначальним чинником для результатів рефлексії у сфері моралі — моральних суджень? Це, як зазначено вище, картезіанське, локківське, юмівське, кантівське питання про передумови можливості людського морального пізнання. Чи є такі *Verstandesbegriffe* (чисті поняття розсудку), такі «поняття розуму» в моральній сфері, використовуючи термінологію Канта? І якщо так — який ефект? Чи дійсно особлива природа та структура людського мислення — ключ до об'єктивного, основоположного морального розуміння? Або вони є неодмінними елементами морального пізнання, залишаючи, однак, «мораль саму по собі» (модифікуючи іншу кантівську ідею), істинну, об'єктивну мораль не розкритою? Чи можна провести тут паралель із теоретичним пізнанням, таким як людське мислення, що, на думку Канта, ніколи не захоплює природу «*Ding an sich*», речі в собі? Або — третя можливість — такі структури розуму існують і, безсумнівно, впливають на моральну людську думку, але не створюють нічого, крім пізнавальних ілюзій, морального еквіваленту візуальної ілюзії Мюллера-Лайера, згаданої вище?

Наведені питання підводять нас до головного виклику прав людини, який буде розглядатися далі, оскільки окремий напрям когнітивної психології та нейрології ретельно формулює таку тезу: природа та структура людського мислення насправді має вирішальне значення для моральних міркувань, аргументації людини, однак таке моральне судження призводить не до розуміння, а до помилки, ідея прав людини є частиною цього хибного міркування, й, отже, не має вирішальним чином впливати на людські справи.

2. Нейрологічна атака на права людини: права людини та теза ментального пристрою¹

Теза обмірковано сприймається як загальний каркас моделі дуального процесу в розумі, відповідно до якої виокремлюються два види ментальних процесів, швидке та повільне мислення, використовуючи популярні терміни: швидке мислення означає використання евристики, окреслення та налаштування операцій для вирішення повсякденних проблем. Ці механізми вбудовано в людський мозок. Люди не можуть не використовувати їх і роблять це інтуїтивно та несвідомо. Повільне мислення означає раціональну рефлексію, що відповідає логічним стандартам. Швидке мислення добре працює у багатьох аспектах

¹ В оригіналі використовується термін «*mental gizmo*», який буквально означає «ментальна штучка». Використовується у деяких сучасних етичних теоріях, а також у нейрології для позначення пристрою, девайсу, гаджету з невідомими чи малозрозумілими характеристиками, іноді — у розумінні невивченого стримуючого механізму чи навіть деталі (наприклад, як загадковий стримувач агресії). — *Прим. перекладача*.

повсякденного життя, однак спотворюється, викривляється у важливих аспектах. Прийняття людиною рішень, таким чином, не є цілком раціональним. Хтось може стати обізнаним у чинниках, що викривляють людську раціональність, таких як евристика, рамковий ефект і упередження, та подолати їх вплив на повільне мислення, але не обов'язково це відбудеться, тому що система управління повільним мисленням може не виконати завдання. Наведена модель впливова не тільки у психології, вона надихнула багато досліджень у багатьох інших сферах, не в останню чергу, у поведінковому праві й економіці. Але першопрохідці-дослідники не сказали нічого суттєвого про місце моральних міркувань у цій моделі. Теза ментального пристрою намагається заповнити прогалину.

Теза ментального пристрою полягає в такому: моральне пізнання — частина дуального розумового процесу. Деонтологічні судження — частина швидкого мислення. Існує ментальна «штуковина», «пристрій», що виробляє такі судження, мимоволі, несвідомо, як факт швидких, автоматичних і емоційних операцій людського розуму. Вони як евристика або упередження й прихильність: корисні в певному відношенні, але мають бути враховані як загальні напрями моральних суджень, оскільки систематично викривляють людську моральну раціональність. Яскравий приклад результату операцій ментального пристрою, що викликає «ментальні ілюзії», на кшталт ілюзії Мюллера-Лайера, візуальної ілюзії — кантівський принцип гуманізму, відповідно до якого ми ніколи не повинні використовувати інших людей просто як засоби, а не як цілі. Це саме по собі вже важливо для теми прав людини, оскільки цей принцип є широко поширеним та відтворюється в різних правових системах — національних, міжнародних і наднаціональних — розглядається як важливий елемент конкретизації гарантій людської гідності. Остання, у свою чергу, є складовою частиною всієї архітектури прав людини. Але не тільки це. Права людини як такі розглядаються як продукти ментального пристрою, корисні як риторичні прийоми та приладдя, придатні до експлуатації з хороших причин, але без будь-яких претензій до раціональності як такої і часто вельми шкідливі за своїми наслідками. Замість цього, для справді раціонального морального мислення потрібно вдаватися до утилітаризму. Утилітаризм — це повільне мислення, яким слід керуватися в останній інстанції людських моральних міркувань.

Що є доказом тези ментального пристрою? Відома проблема вагонетки — відправна точка аналізу. Стверджується, що належний аналіз цих справ показує: в тих випадках, коли деонтологічні судження, здається у грі, тому що судять учасники, не допускається пожертвувати життям однієї людини, щоб врятувати п'ять (випадок пішохода на мосту), вбудовані емоційні реакції, насправді, визначають рішення (судження). Вирішальні причини цього аналізу — дослідження нейровізуалізації. Останні, як стверджується, показують, що при прийнятті рішення у наведених випадках, вентромедіальна префронтальна кора (VMPFC) активна, що пов'язано з виробництвом емоцій. Це відбувається тому, що відповідні випадки пов'язані з суб'єктом безпосередньо, вони «персональні» і, отже, викликають емоційну реакцію.

В інших випадках, «безособових», де рішення відрізняється і учасники розглядають як допустиме те, що одна людина помирає, а п'ять осіб врятовано (випадок спостерігача), активною стає дорсолатеральна префронтальна кора (DLPFC), центр когнітивного управління у мозку, показуючи, що це утилітарне

рішення раціональне, а не емоційне. Проводяться подальші дослідження, які показують, як стверджується, що якщо венстромедіальна префронтальна кора (VMPFC) пошкоджена, утилітарні судження зроблено учасниками в обох випадках — спостерігача та пішохода на мосту.

Деонтологічні аргументи з цієї точки зору є нічим, крім ретроспективної раціоналізації таких вбудованих, природжених емоційних реакцій. Це не тільки «секретний жарт кантівської душі», однак, як можна було б додати, секретний жарт душі багатьох великих мислителів щодо моральних проблем від античності до сучасних щодо цього зусиль. Таким чином, скажімо, «Діалоги» Платона, «Критика практичного розуму» або «Теорія справедливості» — усі практикувалися в самообмані їх авторів і адресатів: вони пропускають ключовий момент — те, що захищає Платон у непослідовній концепції справедливості, формулювання категоричного імперативу в його формальній та матеріальній версії або неутилітарні принципи справедливості Джона Ролза, зрештою, є вираженням таємної роботи емоційного ментального пристрою, що раціоналізуються постфактум і посилюються. Права людини — частина цієї ретроспективної раціоналізації: «“Права” дійсно блискучі. Вони дозволяють нам раціоналізувати наші внутрішні (інстинктивні) почуття, не роблячи ніякої додаткової роботи». Багато людей, яких турбують права людини, таких як адвокати, судді, активісти, політики і — найголовніше — люди, які претендують на права, борються за повагу до них, сподіваючись, іноді відчайдушно, на їх захист, перебувають під чарами «моральної ілюзії». Враховуючи важливість прав людини на практиці, ця «моральна ілюзія» має широкомасштабні наслідки, які применшують будь-який практичний ефект, що його можливо мають інші елементи викривленої раціональності, такі як рамковий ефект. Ці наслідки вельми небезпечні: «Раціоналізація — великий ворог морального прогресу, і, отже, глибокого прагматизму».

Теза ментального пристрою є частиною більш широкого напрямку сучасної нейрології, що може бути названий нейрологічним емотивізмом, який відстоює ідею традиційного емотивізму, що людська мораль не що інше, як вираження певних емоцій схвалення та відрази за допомогою когнітивної психології. Це критика прав людини у дуже радикальному вигляді: генеральна лінія не відкидає когнітивної реальності, впливу деонтологічних суджень та ідеї прав людини, але радикально переосмислює їх статус і значення — вони є не проявом практичного розуму, а, навпаки, частиною причин людської моральної ірраціональності. Остання має такі далекосяжні наслідки, що їх слід подолати заради збереження виду. Тільки утилітаризм, повільне мислення може вирішити великі проблеми людства та вийти за межі вузьких моральних основ людських племен, створених ментальним пристроєм, «звільнити філософів від злетів і падінь їх автоматичних установок, налаштувань», і звільнити решту з нас, звичайно, також часто страждаючих від «моральної ілюзії» прав людини.

Як відповісти на цей виклик, цікавий і, ймовірно, парадигматичний, для декількох проведених дискусій? Це наступне питання, на якому ми зосередимося.

3. Перегляд тези ментального пристрою

Фундаментальна проблема в тому, що аналіз проблеми вагонетки, що лежить в основі тези ментального пристрою, є недостатнім. Випадки, які при-

ймаються для доведення роботи внутрішніх, інстинктивних емоційних реакцій (пішохідний міст), насправді показують щось зовсім інше, а саме: релевантність засобів/побічних ефектів розрізнення для пояснення емпіричних патернів моральної оцінки спостережуваних, а точніше заборону інструменталізації людини. Належний аналіз випадків вагонетки, таким чином, дійсно підтверджує релевантність принципу, окресленого Кантом у відомій формулі принципу гуманізму, і, отже, центрального елементу ідеї прав людини. Крім того, занадто необачно й нерозсудливо робити висновок, що в інших випадках, коли при виборі смерть однієї людини приймається як допустима, якщо альтернативою виступає смерть п'яти (або більше жертв, як у початковій версії Вельцеля), утилітарні міркування в грі. Думати, що допустимо вибрати менше з двох неминучих зол, хоча, можливо, відчуваючи в той же час, що це трагічний вибір, — одне; схвалити утилітаризм у тому сенсі, що йому завжди дозволяється розраховувати та зважувати людські життя — зовсім інше. Аналіз випадків вагонетки має бути набагато складнішим і виходити за межі такої простої дихотомії.

Інша проблема тези ментального пристрою — те, що вона спростовує сама себе. Причини полягають у такому: утилітаризм у всіх його класичних і сучасних, заснованих на правилах чи діях, версіях, керується принципом корисності — нормативно виправдане будь-яке правило або дія, що створює найбільше щастя для найбільшої кількості людей. В основі цього принципу лежить ідея, що щастя будь-кого враховується рівною мірою. Це егалітарне жало утилітаризму, що пояснює його постійну привабливість і ядро того, що дійсно чудове в цій лінії думки.

Цей принцип спирається на два стовпи: рівність осіб і припис про те, що рівні особи повинні сприйматися однаково. Тільки з цих двох припущень випливає, що щастя кожного враховується рівною мірою, як передбачається принципом корисності. Звідси зобов'язання поважати рівність рівних осіб шляхом урахування їх щастя рівною мірою — не наслідок, а передумова утилітаризму. Внаслідок цього зобов'язання поважати рівність осіб не є і не може бути отримане як результат застосування принципу корисності: будучи його фундаментом, зобов'язання рівного сприйняття (ставлення до) рівних не може бути наслідком останнього принципу. Зобов'язання поважати рівність осіб — це, швидше, принцип, який виступає як неконсеквенціалістська нормативна (перед) умова консеквенціалізму. Таким чином, є деонтологічна опора на ядрі утилітаризму, оскільки принцип обов'язкового рівного сприйняття рівних (причина бути зобов'язаним цінувати щастя кожного рівною мірою, як передбачає принцип корисності) — основа будь-якого утилітарного аргументу.

Цей аналіз утилітаризму приводить до головного виверту тези ментального пристрою. Виверт, заковика у такому: чи дійсно утилітаризм — повільне мислення? З того, що утилітаризм передбачає деонтологічні принципи рівності, випливає, що такі деонтологічні принципи в цьому випадку — теж повільне мислення, оскільки вони є нормативною серцевиною того, що розглядається як повільне мислення. Або: чи дійсно такі деонтологічні принципи — швидке мислення? Якщо утилітаризм передбачає названі деонтологічні принципи рівності, що є швидким мисленням, він теж повинен бути швидким мисленням. У будь-якому разі, теза ментального пристрою спростовується внутрішніми суперечностями.

Розмірковуючи про ці види претензій деяких психологічних теорій, потрібно зважати на одну річ: дослідження з нейровізуалізації забезпечили останніми роками багато захоплюючих результатів. Однак є межі, за які поки важко проникнути. Такі межі окреслюються не лише як продукт обмежень і проблем, що впливають із методів нейровізуалізації, скажімо, стандартних питань на кшталт рівня просторової і часової здатності застосованих методів, «вуду-кореляції» (*«voodoo correlations»*), циркулярного аналізу, ефектів статистичного вирівнювання, «згладжування» результатів тощо. Наприклад, досі незрозуміло, як комплекс ментальних феноменів реалізується в людському мозку. Питання в цьому контексті: чи справді плідний тривалий домінуючий фокус на локалізації функцій у мозку виправданий, або чи не більш перспективне дослідження патернів активації? Це має наслідки для інтерпретації патернів, моделей нейронної активності, що є основою гіпотез у дослідженнях нейровізуалізації, оскільки немає ясності в тому, що певна спостережувана нейронна активність дійсно означає. Це відбувається не в останню чергу внаслідок класичної проблеми досліджень у сфері нейровізуалізації – проблеми зворотної (реверсивної) інтерференції. Факт того, що конкретна ділянка мозку активна при виконанні певного завдання не може бути підставою для висновку, що всякий раз, коли ця ділянка мозку активна, когнітивне завдання виконується. Причина в тому, що ділянка мозку може виконувати безліч завдань, взаємодіючих наприклад, з іншими ділянками мозку. Зворотна інтерференція може пропонувати дослідницькі гіпотези, однак не переконливі докази того, як карта ментальних функцій розташована у мозку. Ділянка мозку, що називається дорсолатеральною префронтальною корою, активна при виконанні певних завдань когнітивного управління, але це не означає, що коли дорсолатеральна префронтальна кора активна, виконуються активні завдання когнітивного управління. Те саме справедливе для вентромедіальної префронтальної кори та емоційних реакцій. Звідси, результати нейровізуалізації, такі, як були наведені вище, навіть якщо вони витримують випробування подальшими дослідженнями, жодною мірою не доводять, що деонтологічна мораль – вираження емоцій. Крім того, багато емпіричних даних конкурують між собою. Отже, у світлі того, що вже було сказано, є підстави по-новому інтерпретувати такі результати та дані, й те, що вони говорять нам про роботу розуму, з урахуванням наведеного вище ретельного аналізу та ймовірних теорій морального судження.

У цьому контексті необхідно підкреслити, що ніхто не сумнівається в тому, що емоції є центральною частиною моральної оцінки (оцінювання). Це навіть можуть бути емоції, що викликають «тектонічні зсуви» у моральному мисленні. Беззаперечною є значущість певних емоцій для побудови права та не в останню чергу для скептичного проекту конституціоналізму. Однак постає питання, чи можуть такі емоції утворювати (складати) моральну (деонтологічну) оцінку, як стверджує емотивізм, або вони грають різні ролі. Знову ж таки, теоретична сила уявлення видається в емотивістському рахунку занадто обмеженою, щоб пояснити складність людського морального світу. Один із важливих прикладів – аналітична нездатність відрізнити емоції, які є *наслідком* морального судження, від емоцій, які *складають (утворюють)* моральне судження. Розглянемо випадок обурення після того, як хтось стає свідком тяжкої несправедливості. Пізнання несправедливості тут виступає передумовою і, таким чином, не збігається з почуттям морального обурення. Друга основна функція емоцій – розу-

міння того, що дія означає для того, хто зазнає несправедливості. Це частка моральної евристики: без співчуття до, приміром, жертв расової дискримінації, без емоційного розуміння того, як це відчувається — бути приниженим — ніхто не зможе належним чином оцінити її несправедливість.

Крім того, як показує поверховий аналіз концепції фундаментальних прав, або прав людини, утвердження прав досить складне, комплексне, за формою та сутністю. Прирівнювати таке комплексне судження до внутрішніх, інстинктивних реакцій здається не дуже перспективним підходом до проблеми.

Усе це не що інше, як нагадування про теорію залежності інтерпретації емпіричних даних: дані мають значення тільки в теоретичній структурі. Конкретніше, вартість досліджень із нейровізуалізації про нейрофізіологічні основи морального судження залежить від достоїнств теоретичної бази, в якій вони розроблені. Якщо ця база є недосконалою, інтерпретація даних буде недосконалою також.

На додаток, виглядає дещо наївною ідея визначати раціональність за допомогою утилітаризму. Виникає питання: чому саме сфера практичного розуму, використовуючи традиційний термін, чому не подивитися ширше? В історії думки це було припущення за замовчуванням, що людське мислення складається не тільки з інструментальної раціональності певного сорту, а й інших, якісно відмінних вимірів, насамперед справедливості та моральної доброчесності. Це спільний знаменник для більшості видатних думок із відповідних питань. Що з ним не так? Чому деонтологічні принципи *a priori* не раціональні чи розумні, якщо волієте? Що насправді краще щодо принципу корисності (забувши на хвилину про його деонтологічні основи) в порівнянні з забороною інструменталізації, справедливий принцип рівного сприйняття інших або обов'язок турбуватися про інших? Дивне зубожіння багатства людської думки у грі в такі теорії не сприяє здатності проникнути до суті практичної філософії та правової теорії.

Важливо підкреслити, що теза ментального пристрою не виступає необхідним наслідком моделі дуального процесу у розумі як такої. Можна думати, що ця модель описує важливий аспект людського пізнання, не знаходячи тези ментального пристрою переконливою. Деонтологія може бути частиною повільного мислення; не існує ніякої апріорної причини, чому це не може бути так. Отже, відсутність переконаності щодо тези ментального пристрою не впливає на цінність моделі дуального розумового процесу. Теза ментального пристрою — просто неправдоподібна та малоімовірна теза, що розвивається в рамках цієї моделі людського розуму.

Ні нейрологічний, ні психологічний підходи до питань етики та права не сходяться у певній перспективі щодо їх когнітивного походження. Ніщо у теорії розуму, в нейрологічних дослідженнях і психологічних пошуках, окремо не сприяє розвитку та поповненню збіднілої скарбниці людського практичного мислення. Отже, відповідь на психологічний скептицизм полягає в тому, щоб не ігнорувати нейрологію та психологію чи залишатися у межах нормативної теорії, де психологія, що б вона не говорила, просто не враховується, а розвивати субстанційну концепцію людського морального пізнання як елемент більш широкої теорії прав людини, більш ймовірну, ніж їх скептичні альтернативи. Враховуючи стан справ, не може бути ніякої теорії прав людини без вірогідної теорії людського нормативного пізнання. І, звичайно, існують різні теоретичні альтернативи, які досягли у цьому певного прогресу. Одна з них — менталіст-

ський (психологічний) підхід щодо моделі універсальної моральної граматики, яка привернула деяку увагу останніми роками, і, можливо, заслуговує більш глибокого вивчення.

4. Менталістська (психологічна) теорія етики та права

Менталістська (психологічна) модель морального пізнання досліджує питання про те, чи існують ідентифіковані генеративні принципи морального судження, специфічні для людського морального пізнання як універсального та єдині для всього людського роду. Цей підхід був вельми успішним в інших сферах теорії розуму, наприклад, це помітно у вивченні мови. Принципи виведені з аналізу практики та феноменології морального судження. Одна зі складностей подібного дослідження, власне, головна з них, полягає в тому, що моральні судження постійно оспорюються. Ймовірний спосіб дії — подивитися на кваліфіковані моральні судження (рішення): вони повинні розглядатися як рішення, позичаючи корисний термін, у сенсі рефлексивних, безпристрасних рішень, які не викривляють інтерес, пристрасність, помилки у фактах і т. д. На задньому плані проводиться розрізнення між здібністю (вмінням) та здійсненням (виконанням), здібністю виконувати певне когнітивне завдання, та фактичним виконанням цього завдання. Лише непрямі висновки можна зробити від виконання до здатності суб'єкта, оскільки виконання залежить від багатьох інших чинників, ніж просто структури здатності. Наприклад, остаточна оцінка якогось акту може бути упередженою, тому що у людини, яка здійснює оцінку, власні інтереси. Це є головним і часто упускається в недавніх дослідженнях моральної психології, що очевидно припускають вивчення людських моральних здібностей, але напрочуд великою мірою пов'язані з помилками виконання, приміром, викривлення моральних суджень, спотворення моральних рішень не моральними чинниками, від чуття до почуття знаходження під контролем. Інший методологічний крок, потрібний для того, щоб мати справу з оспорюваною природою морального судження, — подивитися на вельми ідеалізовані та часто штучні випадки, що, як видається, трохи політизовані та культурно навантажені. Вивчення людської моральної здатності шляхом вивчення думки про припустимість чи неприпустимість абортів — приречений захід.

Якщо уважно подивитися на феноменологію моралі, можна зробити деякі важливі спостереження. Одне з цих спостережень — існування чогось на зразок морального простору в цілому. Люди природно діють у ментальному просторі, який має нормативний вимір. Є специфічна ментальна царина моралі, елемент свідомого мислення, що якісно відрізняється, особливий, інтуїтивний аспект нашого психічного життя, що інтроспективно доступний і сприймається суб'єктивно, квалія (*qualia*), як часто кажуть, або — використовуючи стандартне розуміння цього терміна — певний вид деяких форм досвіду феноменального характеру. Наявність такої когнітивної сфери не самоочевидний факт, але емпірична властивість людського розуму, не спільна (загальна) для всіх організмів. Його існування, отже, потребує пояснення.

Інше цікаве спостереження стосується факту наявності дійсно заплутаного й обмеженого набору можливих об'єктів моральної оцінки. Витончене покладання ручки на стіл не може бути об'єктом моральної оцінки, якщо не має якихось дуже специфічних обставин. Потрібно — грубо кажучи — щось на кшталт

волонтаристські контрольованих або тілесно регульованих дій чи бездіяльності суб'єктів, з наслідками для добробуту живих істот, намірами таких дій чи відповідними емоціями, спрямованими на добробут інших.

Якщо звернутися до змісту моралі та ретельно проаналізувати декілька компетентних моральних рішень описаного вище виду, вони виглядають скерованими в широкому діапазоні випадків принципами егалітарної справедливості та альтруїзму. Це проходить червоною ниткою також і крізь історію ідей. Враховуючи ці дебати, можна попередньо визначити зміст цих принципів таким чином: щоб дія була справедливою, вона повинна відповідати декільком умовам. По-перше, застосовані стандарти сприйняття (ставлення) повинні бути рівними для всіх, на кого спрямована дія. По-друге, якщо є критерій для розумного розподілу, пов'язаний зі сферою, що стосується справедливості (скажімо, здійснення сортування), відношення рівності повинне бути збережене між значенням (цінністю) критерію та видом ставлення, — звідси добре виконання, здійснення заслуговує на високу оцінку. Якщо такого критерію немає, то, як правило за замовченням кількісно рівний розподіл серед рівних є справедливим. Стосовно відновлювальної справедливості акт реституції повинен бути рівним об'єкту, щодо якого відбуваються повернення, відновлення у правах.

Дію можна назвати морально доброю, якщо вона виконується з прямим умислом, а не тільки з непрямым наміром сприяти добробуту суб'єкта турботи. Якщо це так, то для моральної оцінки не має значення, створює чи ні сприяння інтересам суб'єкта, у той же час, навмисні (безпосередньо призначені) чи передбачувані (непрямо спрямовані) наслідки дії та утворює другу причину для дій у зв'язці мотивів. Прямий намір сприяти добробуту суб'єкта турботи — необхідна умова морально доброї дії. Справедливість є граничною умовою морально доброї дії: немає морально доброго наміру, що порушує принципи справедливості.

Такі принципи абстрактні, але не без виразного смислового змісту, як можна побачити на прикладі обґрунтування прав людини: принципи, що лежать в основі набуття прав, мають бути рівними для всіх потенційних носіїв. Приміром, було б несправедливо надати деяким людям користуватися фундаментальними правами через їх особистість (індивідуальність), і відмовити іншим через те, що береться до уваги колір їх шкіри. Крім того, розумний, точніше єдиний розумний, критерій для наділення (володіння) правами — належність будь-якої особи до людського роду. Оскільки, як справедлива, система прав повинна зберігати відношення рівності між значенням цього критерію та розподілом прав, і всі люди рівні у їх людськості, тільки система рівних прав є, відповідно, справедливою й обґрунтованою системою. Сприяння володінню та здійсненню прав є морально добрим і, як було сказано вище, враховуючи важливість прав, просування прав — першочерговий обов'язок людської солідарності.

Ще один важливий момент у цій темі — те, що моральне судження людини має вольові наслідки: моральна оцінка не дає інформації про факти реальності як дескриптивні твердження, вона має прескриптивний (приписуючий) зміст. Сказати «*X* справедливий» — зовсім не те, що сказати «*X* блакитний»; важливий елемент розрізнення — вольові наслідки морального судження, якщо є можливість діяти. Нормативне твердження стосується обов'язків, дозволення чи припису, коротше кажучи, морально належного. Дійсно, мотивація людини

включає багато інших схильностей, що мають велику силу та вплив, і не мають нічого спільного з моральними міркуваннями. Історія людства — значною мірою історія жадібності та прагнення влади, а не історія моральних тонкощів і делікатності. Вимога (претензія), таким чином, лише елемент, можливо, дорогоцінний елемент людської моральної мотивації, що походить від морального розуміння.

Прескриптивний зміст може становити (утворювати) право. Якщо суб'єкт зобов'язаний зробити щось, тому що дія буде справедливою, суб'єкт, на якого це спрямовано, має право на таку дію: у обмежений час, доступний для коментування та встановлення речей у певному інтелектуальному порядку після прикоропоганої пленарної лекції, кожен учасник дискусії має право на рівнозначну кількість часу, тому що це справедливий розподіл цього дефіцитного блага. Зв'язок між обов'язком і правом справедливий для зобов'язання, що впливає з обов'язку на користь когось іншого також, якщо тільки це не надлишкова, така, що перевищує вимоги, дія: є не лише обов'язок взяти свій телефон, щоб викликати швидко допомогу, якщо перед вами хтось звалився на землю, а й право особи, що раптом впала, щоб ви зробили принаймні таку дію. Це причина, чому не може бути ніякої теорії прав без теорії справедливості та виправданого (обґрунтованого) зобов'язання стосовно інших осіб.

Такі принципи справедливості й альтруїзму мають когнітивний зміст. Приміром, наявність або відсутність відношення рівності між суб'єктами, стосовно яких відбувається дія, чи між критерієм розподілу та розподілюваним благом, у пояснюваному сенсі, не відчуються як холодність, байдужість, але як така предикація з когнітивним змістом, що впливає з комплексного структурного аналізу оцінюваного акту, затверджує в кінці відношення рівність або її відсутність.

Враховуючи велику різноманітність моральних поглядів у сучасності та в минулому, будь-яка теорія морального пізнання має сформулювати, в межах своєї пояснювальної справи, теорію моральної відмінності. Такі чинники, як не-моральні передумови морального судження, інтереси або ідеологічні конструкції, що впливають на оцінку, будуть відігравати важливу роль у цій теорії та значно зменшувати випадки реальних моральних розбіжностей. Отже, є підстави вважати, що під поверхнею непереборних моральних розбіжностей може знаходитися глибока структура загальних моральних принципів.

Надзвичайно важливо відрізнити мотиваційні схильності до поведінки від моральної оцінки. Схильність до дії, у тому числі те, що називається про-соціальною поведінкою, — одне, рефлексивна оцінка схильності — зовсім інше. Тільки остання є, власне, сферою моралі та етики.

Що стосується онтології моральності, то, цілком імовірно, слід прийняти, що моральне пізнання задумане як не-референтне: у світі немає об'єктивних моральних фактів, з якими пов'язана істинна умова моральних предикатів. Це представляє моральні судження не тільки суб'єктивними. Причина — наявність внутрішніх ментальних критеріїв для обґрунтованих припущень, що засвідчують їх правдивість, як в інших сферах мислення. Навіть онтологія морального реалізму в кінцевому рахунку залежить від передбачуваної істинності таких не-референтних формулювань: теза морального реалізму передбачає, що істинна умова моральних суджень — те, що моральні предикати відповідають об'єктивним моральним фактам реальності, само по собі не означає відповід-

ності об'єктивним епістемічним фактам світу. Таким чином, істинність залежить від інших джерел епістемічного обґрунтування.

Питання, що розглядається в цьому контексті, — онтогенічне походження когнітивної сфери моралі, обмежувальні принципи, які визначають можливі об'єкти оцінки чи матеріальні принципи моралі, що обговорюються. Вони можуть бути побудовані та здобуті, як і більшість нормативних принципів, або, як альтернатива, можуть бути результатом розгортання вроджених когнітивних структур, викликаними досвідом, як у випадку мови. Так чи інакше, краща відповідь тут зумовлена бідністю аргументу стимулів: якщо подача досвіду недостатня, щоб генерувати певну когнітивну здібність, принаймні деякі з когнітивних структур, на яких вона заснована, мають бути вродженими.

Важливо підкреслити, що ніщо в цьому підході не заперечує важливості соціального і культурного впливу на етику та право: свобода преси, наприклад, як правова норма та основний принцип політичної моралі припускає культурне досягнення, здобуток та перемогу (досить пізні досягнення з великою кількістю передумов) преси і, крім того, досвід її придушення навіть демократичними урядами, серед багатьох інших речей. «Захист свободи преси», звичайно, не вроджений принцип людського морального пізнання. Питання, однак, полягає в такому: який тип розуму потрібний для розвитку такої ідеї? Що такого особливого у людському розумі, що тільки люди, а не якісь інші організми, розробили таку концепцію, як права людини? Які когнітивні передумови запускають такий тривалий культурний процес, що приводить після тисяч і тисяч років культурного та соціального розвитку людства до ідеї права (не бажання, прагнення чи інтересу) на свободу преси? Ніякі? Просто бути розумним? Чи нам все ж потрібні певні специфічні концептуальні інструменти для побудови системи прав? Чи, можливо, щось буде виявлене, якщо врахувати моральний пізнавальний простір, обмежений клас можливих об'єктів моральної оцінки, принципи справедливості й альтруїзму та їх основоположний зв'язок із правами? Хіба не становить найбільший інтерес у зв'язку з цим саме поняття «право» і те, що воно тягне за собою, заплутане павутиння нормативних положень, окреслених вище, необхідний зв'язок між вимогою (претензією) та обов'язком, привілеями та запереченнями обов'язків, інтенціональним змістом деонтичних модальностей, семантикою зобов'язання, дозволянням та передбаченням, а також необхідні вольові наслідки морального судження та їх наслідки для прав?

Як ілюструє теза ментального пристрою, пішли ті часи, коли вивчення структури розуму здавалося неважливим, оскільки було само собою зрозумілим, що вірогідний тільки один вид теорії розуму — той, який передбачає, що лише вроджені властивості людського розуму є непередбачуваним і невивченим пристроєм. Теза ментального пристрою — суттєва емпірична теза про структуру людського розуму, як і будь-яке припущення щодо евристики, рамкового ефекту чи упереджень. Остання спонукає величезну кількість досліджень по всьому світу. Ці претензії можуть бути правильними чи неправильними, однак це, безумовно, серйозне наукове досягнення, що буде оцінюватися за його пояснювальними перевагами, і те саме стосується менталістського підходу до етики та права.

Ці зауваження показують, що емпірично налаштована теорія психології моралі може оформлюватися, не приймаючи деонтологічних принципів як когнітивних ілюзій, але як частина зовнішнього образу людського розуму, що

може бути передумовою культурного розвитку моральних систем і права. Є сильні емпіричні докази існування здатності до мови з досить обмеженими принципами, у яких розвиваються природні мови. Однак шлях від здатності мовити до поезії «Короля Ліра» вельми довгий. Здатність мовити при цьому виступає передумовою до людської здатності створювати та насолоджуватися чимось на кшталт поезії «Короля Ліра». Так само, можливо, ймовірна ідея, що існує довгий шлях від людської здатності до моралі до Загальної декларації прав людини та утверджених, конкретних каталогів прав, що склалися історично та увійшли до конституцій і міжнародно-правових актів. Проте моральна здатність, може статися, як здатність до мови, що приводить до поезії «Короля Ліра», — когнітивна передумова для можливості сформулювати зрештою щось на кшталт Загальної декларації прав людини та сподівань, які вона означає.

5. Пояснювальна (експланаторна) та нормативна теорія

Припустимо, що менталістське врахування моралі та права має певні переваги й є дійсно найкращим, приміром, для тези ментального пристрою. Це було б суттєвим прозрінням для пояснювальної теорії людського морального пізнання та теорії розуму в цілому. Але яку нормативну важливість це буде мати, якщо хтось зажадає уникнути натуралістичної помилки? Це останнє питання, яке слід розглянути. Відповідь така: це не має нормативних наслідків як таких, оскільки потрібні нормативні аргументи для обґрунтування будь-якої нормативної точки зору. Менталістська теорія етики та права спростовує, однак, — і це важливо — ідею, що деонтологія походить від практичної, тверезої, досвідченої наукової точки зору, а не просто від когнітивних чи моральних ілюзій. Деонтологічні аргументи не цілком дискредитовані теорією розуму, психологією чи нейрологією. Нормативне завдання виправдати будь-який нормативний принцип, що входить до теорії обґрунтування прав людини, не було виконано теорією морального пізнання. Але це зовсім інше питання — захист когнітивних принципів, що окреслені як розумні, ніж захист нормативного значення та цінності, що є продуктом ретроспективної раціоналізації вбудованих інстинктивних емоційних реакцій. Моральна психологія не може замінити конструкції нормативної теорії всередині етики та права. Однак вона незамінна, якщо потрібно показати, що будь-яка нормативна теорія — ілюзорний плід прихованих механізмів розуму та, отже, сумісна з тим, що відомо про структуру та роботу розуму.

Цей проект обґрунтування прав людини — велика справа, враховуючи складність проблеми, антропологічні міркування, політичні та соціальні теорії, що додаються до будь-яких теоретичних пошуків у цьому напрямі. Нормативне обґрунтування прав людини в кінцевому підсумку може бути засноване на помилковому врахуванні деяких основоположних моральних суджень, рефлексивна стійкість яких проти систематичних, розсудливих теоретичних сумнівів є епістемологічною альтернативою трилеммі нескінченного регресу, догматичного кінця виправдувального аргументу або тавтології. Принципи справедливості й альтруїзму будуть відігравати важливу роль у цьому відношенні, тому що є вагомими підстави вважати, що вони (або якісь їх варіації) основоположні для моралі. Вони — не істина, що самозасвідчується, але недоведені, попередні наближення до тих принципів, які становлять мораль. Інші принципи також

можуть відігравати важливу роль, наприклад, принцип неприпустимості інструменталізації людини чи ті, що регулюють допустимість іншим чином заборонених актів.

На цій основі можна ставити подальші запитання, приміром, чи дійсно етична думка сформульована у принципі гуманізму та чи має якийсь етичний і юридичний сенс ідея людської гідності? Таким чином, можна було б наблизитися до більш всеосяжної теорії прав людини, яка дуже необхідна. Аргумент цих зауважень – те, що принципи егалітарної справедливості, людської солідарності та турботи разом із доволі багатою концепцією людського існування та політичною теорією людського процвітання, вбудовані до прийнятної теорії розуму, забезпечують серйозні підстави вважати, що ідея прав людини більш виправдана, ніж будь-що в історії людської думки про мораль та право.

Така теорія прав людини, що має відповіді на теоретичні виклики, сформульована та вбудована до вірогідної теорії розуму, може виявитися важливим, можливо, навіть необхідним елементом їх інтелектуального захисту. Це не було б незначним досягненням. Права людини – не дрібниці. Вони не є чимось для задоволення інтелектуальної грайливості. Права людини – не засіб для вирішення всіх проблем у світі, але багато залежить від того, що відбувається за межами приміщень для семінарів та лекцій з важливими потребами та благами індивідів, іноді навіть їх гідністю та життям. Належний рівень цивілізації не буде підтримуватися без них. Це має велике значення для тих, хто страждає від порушень прав людини, і певне значення для тих, хто також належить до, можливо, не такої невеликої групи осіб, які не можуть нормально дихати, враховуючи продовжувану трагедію людської дурості та болю, без ковтка свіжого повітря, дарованого кроками до культури людської порядності.

Мальман М. Розум і права: нейрологія, філософія та засади правової справедливості

Анотація. Центральним у представлений статті є питання про те, яким насправді є зв'язок між людським мисленням, його структурою і проявами функціонування та ідеєю прав людини, яка, безумовно, є одним із найбільш важливих продуктів людського мислення.

У пошуку відповіді на нього послідовно розглянуто низку інших питань. Перше: *чому теорія розуму має значення для етики та права? Щоби відповісти на друге питання – про що власне ми говоримо? – викладена та роз'яснена концепція, чи ідея, прав людини як підкласу моральних і суб'єктивних юридичних прав. Доволі багато уваги приділено третьому питанню: звідки взялися права, яке їх походження? Його розгляд необхідний для сутнісного розуміння того, чому відповідь на одну з двох основних – нині особливо цікавих – форм ревізіонізму прав людини, історичного, генеалогічного наступу на права людини, неодмінно призводить до виходу за межі історії прав та до глибокого занурення до їх епістемології й онтології.*

Також розглянуто четверте питання: *чому права виправдані? І, нарешті, маючи достатньо підготовлений попередніми зауваженнями ґрунт, звернуто увагу на основну проблему цієї рефлексії: у чому врешті-решт полягає значення теорії розуму для проекту прав людини? У зв'язку з цим обговорено другий фундаментальний виклик ідеї прав людини. Ці нападки пов'язані з відголосками сьогоденського нейрологічного нео-емотивізму, який цікавий сам по собі та вирізняється тим, що критика цієї форми ревізіонізму прав людини надає значні евристичні переваги для конструктивного врахування теорії розуму й основ прав людини.*

Стаття завершується розкриттям того, що і як теорія прав людини може винести з теорії розуму, та, конкретніше, взяти від менталістського погляду в етиці та праві.

Ключові слова: права людини, історія прав людини, теорія розуму, моральне пізнання, нейрологія, модель дуального процесу мислення.

Мальман М. Разум и права: нейрология, философия и основы правовой справедливости

Аннотация. Центральным в представленной статье является вопрос о том, какова в действительности связь между человеческим мышлением, его структурой и проявлениями функционирования, и идеей прав человека, которая, безусловно, является одним из наиболее важных продуктов человеческого мышления.

В поиске ответа на него последовательно рассмотрен ряд других вопросов. Первый: *почему теория разума имеет значение для этики и права?* Чтобы ответить на второй вопрос – *о чем собственно идет речь?* – изложена и разъяснена концепция, или идея, прав человека как подкласса моральных и субъективных юридических прав. Довольно много внимания уделено третьему вопросу: *откуда взялись права, каково их происхождение?* Его рассмотрение необходимо для сущностного понимания того, почему ответ на одну из двух основных – особенно сейчас интересных – форм ревизионизма прав человека, исторического, генеалогического наступления на права, непременно приводит к выходу за пределы истории прав и глубокому погружению в их эпистемологию и онтологию.

Также рассмотрен четвертый вопрос: *почему права оправданы?* И, наконец, имея достаточно подготовленную предыдущими замечаниями почву, обращено внимание на основную проблему этой рефлексии: *в чем все-таки заключается значение теории разума для проекта прав человека?* В связи с этим обсужден второй фундаментальный вызов идее прав человека. Эти нападки связаны с отголосками сегодняшнего нейрологического нео-эмотивизма, который интересен сам по себе и отличается тем, что критика указанной формы ревизионизма прав человека предоставляет значительные эвристические преимущества для конструктивного учета теории разума и основ прав человека.

Статья завершается раскрытием того, что и как теория прав человека может вынести из теории разума, и, конкретнее, взять от менталистского взгляда в этике и праве.

Ключевые слова: права человека, история прав человека, теория разума, моральное познание, нейрология, модель дуального процесса мышления.

Mahlmann M. Mind and Rights: Neuroscience, Philosophy and the Foundations of Legal Justice

Summary. The central question in this article is: What is actually the relationship between human thought, its structure and exercise, and the idea of human rights, which is surely among the most important products of human thinking?

In the search for answer number of other questions were considered. The first question was: *Why does the theory of mind matter for ethics and law?* To answer the second question — *What precisely are we talking about?* — the concept or idea of a human right as a subclass of moral and legal subjective rights was outlined and clarified. Third, the question: *Where do rights come from?* — occupied the attention just long enough to substantially understand why an answer to one of the two currently particularly interesting fundamental forms of human rights' revisionism, the historical, genealogical attack on human rights, leads necessarily beyond the limits of human rights history in the deep waters of the epistemology and ontology of human rights.

Also the fourth question: *Why are rights justified?* — was considered. Fifth, after having sufficiently prepared the ground by the preceding remarks, the core issue of these reflections addressed: *What is, after all, the importance of the theory of mind for the project of human rights?* Here the second fundamental challenge to the idea of human rights was discussed. This attack stems from the quarters of today's neuroscientific neo-emotivism, which is interesting in itself and has the advantage that the critique of this form of human rights revisionism has considerable heuristic merits for a constructive account of the theory of mind and the foundations of human rights.

The article ends with the disclosure how a theory of human rights could draw from the theory of mind, and more concretely from a mentalist account of ethics and law.

Key words: human rights, human rights history, theory of mind, moral cognition, neuroscience, dual-process model of the mind.

ГНІВ РОЗУМУ І БЛАГОДАТЬ ПОЧУТТІВ: ОБҐРУНТОВУЮЧИ ЕМОЦІЇ У ПРАВІ¹



П. МІНДУС
*доцент практичної філософії
філософського факультету
(Університет Упсали, Швеція)*

У всякої проблеми завжди є рішення — просте, зручне і помилкове.

Генрі Луї Менкен

Вступ

У статті досліджуються деякі загальні описові (дескриптивні) та нормативні вимоги щодо того, чому правосуддя є і має бути байдужим до наших емоцій, проливаючи світло на те, яким чином юриспруденція розглядає емоції крізь призму права. У другому розділі основна увага приділена тому, що юриспруденція зазвичай говорить про емоції. З одного боку, ми розглядаємо позиції тих, хто вважає, що право беземоційне, як машина (робот), і заперечення тих, хто вважає, що це є неправдою. З другого боку, ми розглядаємо твердження тих, хто вірить, що право не може бути подібним до робота, але має прагнути до цього, і заперечення тих, хто вважає, що це є небажаним для права. Таким чином, ми можемо сказати, що традиційна юриспруденція охоплює чотири можливі конфігурації нашої проблематики, які відповідають чотирьом портретам, що зображують ставлення особи, яка приймає рішення, до емоцій. Вони показані у третьому розділі. У четвертому розділі я досліджую філософське розуміння емоцій з точки зору тез, висунутих прихильниками і супротивниками очікуваної чи обов'язкової віддаленості права від емоцій. Традиційна модель юриспруденції спирається на дві широкі теорії емоцій, жодна з яких не може бути сприйнята без критики. На перший погляд, розум — це те, що дійсно важливо. Він може виглядати безжальним, але при встановленні справедливості розум, який є протилежністю емоціям, повинен бути на першому плані. Справедливість повинна бути сліпою і байдужою, як гнів. Ми можемо назвати цю точку зору на право і емоції *гнівом розуму*. Вона побудована на ірраціоналістичному підході до емо-

¹ Patricia Mindus (Патріція Міндус). The Wrath of Reason and The Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law. Пленарна доповідь на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції» (27 липня — 1 серпня 2015 р., Вашингтон, округ Колумбія, США). Переклад з англійської К. Буряковської.

цій. З іншої точки зору, має значення практична аргументація, яка не може і не повинна бути відділена від емоцій; навпаки, емоційний інтелект повинен включати емпатію. Ми можемо назвати цей підхід *благодаттю почуттів*. Він заснований на когнітивістському підході до емоцій.

Моя загальна мета полягає в огляді того, як юриспруденція трактує емоції. Сподіваюсь продемонструвати, що право та емоції — цікаве поле юриспруденції. Моє завдання у цьому випадку полягає у тому, щоб показати, що сучасні філософські дебати можуть виявитися повчальними і конструктивними для правознавців. Нам потрібен значно інформативніший та більш витончений підхід до емоцій, аніж ті підходи, що переважають сьогодні, якщо ми хочемо змінити існуючу картину.

1. Традиційна модель юриспруденції

Як за традиційної моделі юриспруденції — тобто юриспруденції, що, як правило, представлена для наших студентів у підручниках, — розуміється зв'язок між правом та емоціями?

1.1. Звук тиші

Тиша найкраще описує позицію традиційної юриспруденції з цього питання¹. Загальна згадка про «почуття (не)справедливості» з'являється звичайно, для того, щоб провести розмежування між правом і справедливістю, а також вказати на «внутрішнє ставлення», що при побіжному погляді дозволяє виявити різні значення — йдеться про «психічний стан» або «психологічну складову», що називається «вірою», але не «емоціями». Ототожнення емоцій із тим, як офіційні особи сприймають нормативність права, відволікає увагу від головного. Про деякі емоції може бути згадано, але звичайно їх зображують просто як пережитки минулого: гнів помсти й відплати, що заснований на уявленнях про честь, постає як сумнівна основа права. Нагадаємо, що суди ареопагі в Афінах були створені, щоб стримувати помсту членів сім'ї померлого, і це призвело до визначальної події — за державою було визнано виключне право карати. Схожим чином ми розповідаємо про відмову від закону відплати, хоча таліон, дійсно, є питанням співмірності, що асоціюється із терезами правосуддя і є неможливим без раціональних розрахунків².

Емоції звичайно позиціонуються як протилежність розуму³. Ми говоримо про право в соціологічному аспекті, використовуючи веберівську типологію

¹ Більшість підручників не торкаються цієї теми. Про емоції не йдеться в індексах, глосаріях тощо. Не є винятком ані IVR Енциклопедія, ані недавня *Enciclopedia de Filosofia y Teoría del Derecho* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015).

² *Lex taglionis* (Exodus 21:24) може бути інтерпретований як спроба стримувати прагнення до помсти, як це пропонується Nico H. Frijda у «The Lex Taglionis: On Vengeance» in Stéphanie van Goozen, Nanne van de Poll, Joseph Sergeant (eds.) *Emotions: Essays on Emotion Theory*, Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum 1994, p. 264. Див. визначну роботу *William Ian Miller, An Eye for an Eye*, CUP, Cambridge 2006. Відмінний аналіз помсти здійснено *Charles L. Griswold, The Nature and Ethics of Vengeful Anger*, in James E. Fleming (ed.) *Passions and Emotions, «Nomos» LIII*, New York University Press, New York 2013, pp. 77–124; *Robert C. Solomon, «Justice v. Vengeance: On Law and the Satisfaction of Emotion»*, in Susan Bandes (ed.) *The Passions of Law*, New York University Press, New York 1999, pp. 123–148; *J. Elster, «Norms of Revenge»* in *J. Deigh* (ed.) *Ethics and Personality: Essays on Moral Psychology*, Chicago Univ. Press, Chicago 1992, pp. 163–165.

³ Аналітична практична філософія не ігнорує емоції і нориви, але часто представляє їх з точки зору ефективності й корисності для раціональності. Дискусія з приводу підстав для дій є парадиг-

формального раціонального права: право є частиною ширшого поняття здійснення соціальної влади, яка характеризується як юридичний раціональний тип¹. Якщо емоції і згадуються, то здебільшого у негативному сенсі, як правило, в ключі поглядів багатьох західних мислителів, які схильні розглядати емоції як перешкоди на шляху до раціональної дії².

Деякі вчені вважають, що таке переважання розуму пов'язане із провідним значенням юридичного позитивізму, який часто визначають як розумоцентричну теорію³. Історія природного права, втім, пропонує багатий матеріал, який

матичним прикладом. Основоположні тексти цієї дискусії (*Donald Davidson*, «Actions, Reasons and Causes», in *Essays on Actions and Events*, OUP, Oxford 1980, pp. 3–19; *Derek Parfit*, *Reasons and Persons*, OUP, Oxford 1984; *Bernard Williams*, «Internal and External Reasons», in *Moral Luck*, OUP, Oxford 1981, pp. 101–113; *Steven Darwall*, *Impartial Reason*, Cornell Univ. Press, Ithaca, NY 1983) враховують характерні мотиви і бажання. Втім усі ці суб'єктивні стани розуміються як властивості, які могли б бути причинами. Подібною є дискусія з приводу вини в авторитетній статті Б. Вільямса: для того, щоб з'ясувати внутрішні підстави дій, недостатньо того, щоб провинна відчувалася особою, але вона повинна відповідати підставам, причинам (тобто мати певний об'єктивний вимір). Тільки якщо вина є відповідною, вона може створювати причини дій (див.: *B. Williams*, «Internal Reasons and the Obscurity of Blame», in *Making Sense of Humanity*, CUP, Cambridge 1995, pp. 35–45). Примат раціональності стає ще більш очевидним із кантівської точки зору дискусії (*C. Korsgaard*, *The Sources of Normativity*, CUP, Cambridge, 1996) і, очевидно, більш конкретним на стороні, яка надає першочергове значення зовнішнім причинам. У галузі теорії права найбільш видатний вчений у рамках цієї традиції Джозеф Раз спробував об'єднати елементи внутрішніх і зовнішніх причин через так званий «ціннісно-причинний взаємозв'язок» (in *Value, Respect, and Attachment*, CUP, Cambridge 2001, p. 5). Його підхід, заснований на цінностях, означає, що емоції не є ірраціональними, оскільки вони відповідають підставам, тобто ілюструють певну властивість, цінність якої може захищатись або визнаватись агентом. Цінності можуть мати соціальне походження, але з когнітивної точки зору вони мають об'єктивний вимір. Автономний агент є таким, оскільки діє не за бажаннями, а відповідно до ціннісної концепції: «Ми є собою доти, поки діємо відповідно до ціннісної підстави. Це не є виправданням або обґрунтуванням нашої точки зору, це і є сама точка зору: ми є самі собою, і ми спрямовуємо власне життя до тих пір, поки ми сприймаємо себе як раціональні агенти» (*J. Raz*, *Engaging Reason*, OUP, Oxford 1999, p. 19). Раціональність часто розглядається як «здатність реалізувати нормативне значення нормативних особливостей світу і здатність діяти відповідно» (*J. Raz*, *Engaging Reason*, OUP, Oxford 1999, p. 68). Подібних поглядів на підстави дій, що засновані на цінностях, дотримується і Томас Скенлон (*What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1998).

¹ Вебер стверджує, що «чим більш досконало розвивається бюрократія <...>, тим більше їй вдається усунути зі сфери офіційного любов, ненависті і всі суто особисті, ірраціональні та емоційні елементи» (*M. Weber*, *Economy and Society*, Eds. G. Roth, C. Wittich, Univ. of California Press, Berkeley 1978, p. 975). Це підтверджується тим фактом, що відповідно до класифікації легітимної влади, запропонованої Вебером, харизматичний тип влади має емоційний вимір: *Sheldon Wolin*, «Legitimation. Method and the Politics of Theory» in *Political Theory*, 1981, 9:3, pp. 401–424. Емоційно керований тип харизматичної влади є, за антономазією, позаправовим, не підпорядкованим вищій нормі (*sub lege*), таким, що не спроможний створити правило, а лише здатний вирішувати питання від справи до справи (*per leges*): *Francisco J. Laporta*, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid 2007, pp. 108 ff.

² Негативні погляди на емоції знаходили своє відображення у думках різних мислителів — від Платона до Дарвіна, який у роботі *The Expression of the Emotions* висловив думку про те, що вираження емоцій, яке було корисним у минулому, є подібним до апендиксу: рудиментарний орган, що залишився від більш ранньої фази в нашій еволюційній історії і який більше не є придатним для використання. Річард А. Познер, уподібнюючи емоції до сексуального потягу, поділяє цю думку: «наш емоційний репертуар» був прийнятним у доісторичних умовах, але не може бути добре пристосованим до умов, в яких ми живемо сьогодні» (*R. A. Posner*, *How Judges Think*, Harvard Univ. Press 2008, p. 229). Ця позиція оспорується сьогодні на підставі проведеної емпіричної роботи в межах інших дисциплін, на стику філософії, неврології розвитку, штучного інтелекту, лінгвістики, еволюційної психології та антропології.

³ Наприклад, Мортімер Селлерз стверджує, що «багато самозваних юридичних позитивістів стали жертвою цієї технократичної омани», де «технократи прагнуть взагалі відокремити емоції від права шляхом перевизначення значення правового обґрунтування як простої логіки або дедук-

пояснює, чому така характеристика є непереконливою: зовсім не тому, що позитивізм і юснатуралізм є протилежностями, які дотримуються двох різних світоглядів у дихотомії розум/емоції. Юснатуралізм розглядає справедливість як право розуму (*Recta Ratio*)¹. І для позитивістів, і для юснатуралістів верховенство права має чітко раціональний присмак, якого не вистачає правлінню людей². Якщо коротко, то, за Арістотелем, той, «хто вимагає, щоб панував закон, вимагає того, щоб панував Бог і розум, а той, хто вимагає, щоб панувала людина, привносить у цю свою вимогу свого роду тваринний елемент, бо пристрасність є чимось тваринним, гнів спокушає правителів зійти з істинного шляху, хоча вони можуть бути найкращими людьми; навпаки, закон — це безпристрасна мудрість» (*Pol. III, 1287a*).

Заперечення, однак, можуть пролунати від учених, які займаються проблематикою права й емоцій і які вважають, що «вчення про право та емоції досягло критичного моменту у своєму розвитку»³. Емоції знаходять свій вияв у судовій практиці й доктрині, законодавстві, приписах, законодавчих програмах, державній політиці у цілому. У такому сенсі — «емоція всюди в праві»⁴. Чи не є мовчання з приводу емоцій просто пережитком застарілого вчення? Свого часу це вчення запропонувало глибоку прихильність права до раціоналізму, що призвело до забуття й необізнаності у сфері емоцій, які наповнюють право життям. Сьогодні це традиційне вчення виглядає дивним, адже право звичайно має справу із емоційним життям його суб'єктів. Судова тяганина, як ми добре знаємо, є емоційно насиченим та виснажливим процесом.

Вчення про право і емоції зазнало бурхливого розвитку, від руху, подібного до феміністичного та інших течій, що піддавалися критиці за те, що кидали виклик раціональності та об'єктивності, до міждисциплінарної дискусії, спрямованої на вивчення багатьох аспектів людських емоцій. Правознавці знову звернули увагу на низку емоцій у праві⁵. «Оскільки судові аналітики прагнули

ції». See *Id.*, Law, Reason, and Emotion (June 9, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2448000> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2448000>.

¹ *Cicero*, De Re Publica, III, chap. 22, sec. 33.

² Верховенство права виникає шляхом розмежування «правління права» (верховенство права) і «правління людей». Цей класичний топос був розроблений у діалозі Платона «Політик» (див. *Platonis Opera*, ed. John Burnet, OUP, Oxford 1903, 294a). Чужинець там говорить: «Певним чином зрозуміло, що законотворчість — це частина царського мистецтва; однак найкраще, коли сила не у законів, а в руках царюючого мужа, який наділений розумом». Англійська формула від Британської енциклопедії (Edinburgh 1771) є більш традиційною: «правління законів, а не людей», що походить від справи *Marbury vs. Madison*, 5 US 137, 163 (1803). Ця характеристика «верховенства права» включає в себе як *gubernaculum per leges* (правління за допомогою законів), так і *sub lege* (правління, підпорядковане законом). Останнє має тенденцію до отождолення із конституціоналізмом. Як відомо, в Англії на початку XVII ст. Едвард Кук використав цю концепцію для позбавлення короля права участі в обговореннях у судах загального права (Cf. the case «*Prohibition del Roy*», 1608 12 Coke Rep 63). Для з'ясування витоків виразу та його еволюції в загальному праві див. *Theodore Frank, Thomas Plucknett*, A Concise History of the Common Law, Little, Brown & CO, Boston 1956, 48.

³ *Kathryn Abramst*, Hila Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», 94 Minn. L. Rev. (2010), pp. 1999–2063.

⁴ *Susan A. Bandes*, «Empathy, Narrative, And Victim Impact Statements», Univ. Chicago Law Review, 1996, 63, pp. 361–392.

⁵ Серед афектів, яким приділялась увага, були не тільки очевидні емоції, такі, як милосердя і бажання помсти, а й такі, як відроза, романтична любов, гіркота, тривога, страх, образа, боягузтво, мстивість, прощення, презирство, жаль, співчуття, співпереживання, ненависть, злість, сором, повага, моральний запал, і нарешті, але не меншою мірою, власне «пристрасність до справедливості»

дiзнатися бiльше про спектр емоцiй, якi зараз вирiзняють, вони частiше зверталися до позаправових сфер, у межах яких придiлено бiльше уваги дослiдженню емоцiй»¹. Сьогодні принаймнi два напрями правової науки заперечують примат традицiйного рацiонального (заснованого на конструкцiї рацiонального агента) пiдходу до права, заснованого на зв'язку права й економiки погляду на право й полiтику². Перший напрям, беручи за основу когнiтивно-психологiчний або поведiнковий економiчний пiдхiд, зосереджується на ментальних вiдкриттях й упередженнях, якi призводять до вiдхилень вiд рацiонального прийняття рiшень. Лiтература, присвячена цьому напрямку, має великий обсяг, який зростає³. Інший напрям правової науки акцентує увагу на ролi емоцiй у прийняттi юридично значущих рiшень судьями, присяжними, чиновниками, законодавцями чи громадянами. Таким чином, вчення про право й емоцiї вiдходить вiд традицiйної концепцiї права як рацiональностi, а її представники отримали ім'я «нових емоцiйних реалiстiв»⁴.

Крiм того, «право i нейронауки можуть розглядатися як головнi союзники в аналізі права та емоцiй, визнаючи неповноту традицiйного погляду на рацiональний вимiр пiзнання»⁵. Вчення про право й емоцiй ставить пiд сумнiв психологiчнi припущення, зробленi правознавцями i правовою доктриною, особливо у сферi кримiнального права, у процесуальних питаннях кримiнальної вiдповiдальностi, а також використання тих чи інших технологiй у залi суду. Багато науковцiв стверджують, що вивiльнення наших емоцiй може дати вiдповiдь на безлiч питань щодо навколишнього середовища, охоплюючи малосвiдоме й несвiдоме.

Цi «побiжнi та лаконiчнi» вiдповiдi на «неоднозначнi питання» можуть бути адаптованi й розвинутi⁶.

(William Ian Miller, *The Anatomy of Disgust*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1997; Martha C. Nussbaum, «The Secret Sewers of Vice: Disgust, Bodies, and the Law», in *The Passions of Law*, cit., pp. 19–61). Тобто iснують певнi емоцiї, якi є специфiчними для сфери права, а також тi, якi є специфiчними для певних сфер права. Кримiнальне право є однією з небагатьох сфер, в якiй дослiдження емоцiй (наприклад, дiї пiдзахисного у «станi афекту», виявлення «каяття», попередження злочинiв шляхом поширення почуття ганьби i сорому серед злочинцiв i т.д.) є характерною рисою доктринального пейзажу. Але вчення про право й емоцiї демонструє, що право та емоцiї є двозначними у багатьох рiзних контекстах, не тiльки, де правовi параметри є емоцiйно навантаженими, наприклад, сiмейне право, кримiнальний процес, цивiльнi правопорушення, а також у тих випадках, коли право пiдштовхує до певної поведiнки через емоцiї, демотивує через «нейтралiзацiю» емоцiй (наприклад, адмiнiстративне право) i т. д.

¹ K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2010.

² A good example is the Project on Law and Mind Science at Harvard: <http://isites.harvard.edu/icb/icb.do?keyword=k13943&pageid=icb.page63708>

³ Jeremy A. Blumenthal, «Emotional Paternalism», 35 Florida State Univ. Law Review, 2007, Fall, 270. See e.g. Christine Jolls et al. «A Behavioral Approach to Law & Economics», Stanford Law Review 1998, 50, pp. 1471 ff.; Jeffrey J. Rachlinski, «Cognitive Errors, Individual Differences and Paternalism», University of Chicago Law Review, 2006, 73, pp. 207 ff.; Amir & Orly Lobel, «Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy», Columbia Law Review 2008, 108, pp. 2098; Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health Wealth and Happiness*, Yale Univ. Press 2008.

⁴ Terry A. Maroney, «The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion», in California Law Review, 2011, 99, p. 632. See also Id., «Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field», Law and Human Behaviour, 2006, 30, pp. 119–142.

⁵ K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2027.

⁶ Очевидно, що деякi базовi емоцiї допомагали нашим предкам вижити; здатнiсть до страху є дуже корисною у свiтi, де голоднi хижаки ховаються у кожному кутку. Американський нейробиолог

Це нове розуміння передбачає відступ від погляду на емоції як на щось, що не стосується права. Однак існує багато суперечок із приводу того, яким нормам раціональності цей вид емоційного мислення відповідає, і як цей вид співвідноситься із більш прийнятним, поміркованим видом обґрунтування, який ми звичайно асоціюємо із юридичною аргументацією. У кожному разі такий розвиток вказує на важливість емоцій у процесі практичної аргументації, що підкреслюють дебати з приводу слабкості волі (*Akrasia*), тобто дії всупереч власному судженню про те, як краще вчинити. Паралельно, філософська дискусія з приводу емоцій, яка перебуває на підйомі протягом останніх десятиліть, оскільки застаріла філософія свідомості зазнавала критики¹, побічно підживлювала вчення про право й емоції. У багатьох сферах сьогодні обмежена раціональність залишається в моді.

Навіть якщо ми усвідомимо, як розширився інтелектуальний світогляд, усі заперечення, які ми розглядаємо, будуть подолані, як тільки представники вчення права й емоцій визнають, що «основні правові теорії часто зустрічали [це вчення] з подвійними почуттями»², тому «більш широкі порядки денні поховали ідею про судові емоції»³. Юриспруденція рідко сприймає емоції всерйоз. Тиша зберігається.

1.2. Беземоційність у праві

Що говорить традиційна юриспруденція про пристрасті? По суті, дві речі: що правосуддя є відокремленим, і повинно бути відокремленим, від примх. Тотожність між справедливістю й раціональністю в основному проходить крізь культурний фільтр, який пов'язує пристрасті з відсутністю незалежного суду, упередженістю, наданням переваг, пристрасністю й несправедливістю. Презюмується, що емоції наповнюють аргументацію припливною хвилею. У той час як розум пропонує Архимедовий важіль, емоції схиляють осіб, що приймають рішення, до співпраці зі сторонами процесу в тіні.

Спробуємо викласти відомі описові й нормативні вимоги традиційної моделі юриспруденції. Вони пов'язані з іконографічною традиційною моделлю, де правосуддя зображене в образі жінки із зав'язаними очима, яка є символом неупередженості, виступає за відсутність примх, втілює в собі справедливість, або принаймні таким є бажання її прихильників. Ці вимоги також пов'язані зі складною і дивною метафоричною традицією «юридичної механіки»⁴.

Джозеф Леду (*The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*, Simon & Schuster, New York 1996) яскраво продемонстрував, як одні й ті ж нервові механізми опосередковують реакцію страху в усіх видах тварин — від голубів до людини. Він розрізняє довгий і короткий імпульси у корі головного мозку, які сполучають таламус та мигдалеподібне тіло, і призводять до різних емоційних реакцій.

¹ *Peter Goldie (ed.) The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., p. 1 «Філософія мислення в англосаксонській традиції протягом тривалого часу мала предметом своєї уваги проблему мислення й тіла, включаючи питання про те, як мисленнєві властивості й події можуть виявляти себе в матеріальному світі, але мало цікавилася напрацюваннями феноменологів, які великою мірою включали в себе різноманітні обговорення емоцій. <...> Ця тенденція в англосаксонській філософії мислення прагнула пов'язати емоції з іншими, більш знайомими (і, ймовірно, більш зрозумілими) видами психічного стану, такими як віра і бажання, залишаючи емоції відчуття психологам».

² *K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2010.*

³ *T. Maroney, «The Persistent Cultural Script», cit., p. 665.*

⁴ Я пояснювала цю метафору у *Social Tools and Legal Gears: Hägerström on the Nature of Law*. In Sven Eliaeson et al. (eds.), *Axel Hägerström and Modern Social Thought*, Bardwell Press, Oxford 2014,

1) Право як машина — воно, по суті, є питанням формальної раціональності.

2) Право повинно бути як машина — його часовий механізм підвищує правову визначеність.

Звичайно, юриспруденції відома критика обох цих наборів вимог. Ми маємо заперечення тих, хто вважає описові вимоги помилковими, і заперечення тих, хто вважає нормативні прагнення небажаними.

3) Право не схоже на машину — воно є достатньо невизначеним.

4) Право не повинно бути як машина — воно вимагає практичної мудрості.

Ця класифікація надає нам протилежні погляди двох напрямів: описивна дискусія з приводу природи правового обґрунтування і нормативна дискусія з приводу моделі прийняття кращого рішення. З'ясуємо погляди на емоції, на яких засновані ці твердження.

2. Чотири портрети

Традиційна модель юриспруденції включає в себе чотири можливих варіантів ставлення суб'єктів прийняття правових рішень до емоцій. Таким чином, можна говорити про чотири портрети. Дозвольте їх представити: безпристрасний законодавець Жан-Жак Руссо; залежний у своїх емоціях від сніданку суддя пан Штейгер; самовідданий Геркулес; Соломонів образ судді із загостреним почуттям справедливості.

2.1. Безпристрасний законодавець та залежний від свого сніданку суддя

Для нашого першого образу право є по суті питанням логіки та дедукції (*Zweckrationalität*). Назвемо його *Жан-Жак*, на честь Руссо, *législateur* (законодавець), якого у *Contrat social* (суспільному договорі) представляє цей типовий емоційний типаж¹: «вищий розум спостерігає за всіма пристрастями людей, не відчуваючи якоїсь із них <...>. Цей розум має бути абсолютно непов'язаним з нашою природою, знаючи її досконало; його щастя не залежить від нас, але він готовий зайнятись нашим щастям»². Він схожий на безкровного вулканца Спока. Людина-чужак із загостреними вухами, герой серіалу «*Star Trek*» («Зоряний шлях»), позбавлений емоцій, і який завдяки цьому досягає надлюдського ступеня раціональності. Його рішення продиктовані тільки розумом. Проте, для того, щоб втілювати дійсно великий розум, *Жан-Жак* не є психопатом, який у змозі тільки сформулювати і застосовувати правила, будучи позбавленим когнітивних здібностей, які беруть участь у розумінні того, що інші думають і відчувають. У цьому сенсі він не є комп'ютером³. Він не сліпий емоційно,

pp. 257–282; див. також: *Minsoo Kang*, *Sublime Dreams of Living Machines. The Automaton in the European Imagination*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 2011.

¹ Не має значення, чи він задіяний у законотворенні чи застосуванні права, бо пізнавальні здібності залишаються незмінними. У першому випадку він виводить зі свого розуміння антропології й особливостей своїх підданих висновок про те, яка конституція їм підходить краще; у другому випадку він виводить висновок із закону, який має бути застосований до конкретної справи.

² *J.J. Rousseau*, *Du contrat social*, Book 2, chap. 7.

³ Це справедливо тією мірою, якою можна говорити, що комп'ютери не мають жодних емоцій, хоча це питання стає дедалі складнішим. Визначення емоцій із нейробіологічної точки зору, або, як кажуть, з точки зору лімбічного процесу головного мозку, виключає комп'ютери за визначенням. Менш вузький підхід свідчить, що емоції є тим, що він робить. Комп'ютери можуть, таким чином, за визначенням мати емоції, які будуть діяти у заданий спосіб. Якщо емоції є соціальним інтерсуб'єктивним явищем, то вони підкорюються правилам; якщо існують правила, то вони

він просто безпристрасний, що робить його незаангажованим. Це відображає два значення безпристрасності: він водночас беземоційний і неупереджений, що є якостями, які перебувають у необхідному зв'язку.

Саме тому законодавці такого ґатунку необов'язково повинні бути частиною спільноти, як у випадку Лікурґа¹, їм необов'язково жити в наш час². Виключення із спільноти є остаточним проявом недоречності співчуття (тут у широкому розумінні відповідно до етимології слова вжито *sym-passion or sympathy*): у безпристрасного законодавця немає потреби відчувати своїх підданих, йому достатньо просто знати своїх «морських свинок». Правове обґрунтування такого законодавця обов'язково позбавлене будь-яких емоційних елементів, які можуть призвести до необ'єктивності. Воно також побудоване на тому, що інтереси різних сторін можуть бути встановлені об'єктивно, і що можливо зробити оптимальний раціональний вибір.

Модель *Жан-Жака* є юридичною версією філософського поняття про те, що моральне обґрунтування є процесом відкриття і застосування системи універсальних законів. Цей «нетворчий» вид застосування, як правило, в континентальній Європі пов'язують із *bouche de la loi* (рупором закону) Монтеск'є³, в американській правовій культурі з Христофором Колумбом Ленгделлом, батьком сучасної юридичної освіти, який ставився до права як до науки, а до правої аргументації — як до дедуктивного процесу⁴. Прихований за цим зображенням всезнаючий суддя і право задумані як закриті система, яка забезпечує відповіді на поставлені запитання, без посилення на зовнішні, або неправові, елементи.

Зауважте, що тут питання не у психологічному реалізмі. Цей образ законодавця ґрунтується на припущенні, що необтяжливе обмірковування не тільки можливе, а й є життєздатним рішенням (принаймні для деяких істот). Пояснення цього загадкового факту полягає в тому, що суб'єкт прийняття рішення задіяний не стільки у процес обґрунтування, скільки у процес створення рішення. Хоча сам процес міркування може включати несвідомі елементи або інтуїтивні здогади, такого не можна сказати про рішення, прийняте постфактум. Ті, хто

можуть бути закодовані. Цей сформований підхід розкриває те, що люди навчають машини виявляти правила, які відображають зв'язки між конкретними комбінаціями ознак і конкретними станами. Утім «способи, в які люди зазвичай говорять і думають про емоції, є значущими для більшості практичних цілей, чого більшість людей не мала до недавнього часу. Розвиток емоційно зорієнтованих обчислень демонструє, що є практичні цілі, для яких вони не є достатніми» (див.: *Roddy Cowie, Describing the Forms of Emotional Colouring that Pervade Everyday Life, in The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion, cit., p. 67*). Сьогодні це питання виходить далеко за межі дилеми робота Герберта Саймона 1967 р.

¹ Лікурґ не був спартанцем. Він займався створенням *Ewigkeitsklausel* для спартанської конституції, оскільки він змусив місто запрягнути не змінювати будь-які закони, поки він перебуває в Дельфах. Він ніколи не повернувся.

² Йому наказано було «працювати в одному столітті, щоб мати можливість користуватися в наступному» (*J.J. Rousseau, Du contrat social, Book 2, chap. 7*).

³ Йдеться про *Esprit des Lois*, book 11 § 6, де «англійська» модель судді описана як відмінна від французької моделі, де в умовах монархічної влади дискреційні межі тлумачення мають анти-деспотичну функцію стримання, у зв'язку з тим, що судова влада аристократична і, таким чином, залежить від Короля, керованого честю, «*le ressort du gouvernement monarchique*» (див.: *Marco Goldoni, Montesquieu and the French Model of Separation of Powers, in «Jurisprudence», Volume 4, Number 1, June 2013, pp. 20–47; Lando Landi, L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu, Cedam, Padova 1981*).

⁴ *Christopher C. Langdell, A Selection of Cases on the Law of Contracts (1871)*.

дотримуються цієї моделі, розрізняють питання про те, як судді приходять до своїх рішень, і питання про те, чим ці рішення підкріплюються; суть підходу полягає в тому, що рішення не повинні бути підтримані посиленням на емоції.

З цієї точки зору, емоції зайві. Почуття ірраціональні або навіть просто нераціональні; і для них немає місця в практиці обґрунтування, до якої залучений *Жан-Жак*. Контекст відкриття, в якому емоції можуть відігравати відповідну роль, просто не має значення. Модель фокусується виключно на контексті обґрунтування. Таким чином, «суддівство ґрунтується на концепції права, безвідносного до часу і місця».

Багато хто вважає таку неситуативність непереконливою¹. Для критиків *Жан-Жака* право — це не просто логіка; це не машина, яка здатна видати певний результат, передбачувана у своїх обчислювальних юридичних операціях. Образ судді як *рупору закону* пропонує принципово неповноцінний опис правової аргументації. Образ права як простого обчислення є неправдивим. Не існує «точки зору нізвідки». Швидше за все, юридична аргументація повинна включати цілу низку додаткових правових цінностей, міркувань і визначень.

Усі види градуалістських позицій пролягають, з одного боку, між надзвичайною справою (або справою, в якій призначена найвища міра покарання) судді, який просто відкриває писане право і застосовує його з тим же рівнем участі, як комп'ютер застосовує алгоритм, де — принаймні, в ідеалі — всі результати заздалегідь задані; а, з другого боку, випадковим випробуванням («судом божим») та/або довільним вирішенням справи *case-to-case* відповідно до «по суті ірраціонального права», тобто тим, що Макс Вебер назвав «юстицією каді». Утім теоретики виступають проти позиції *Жана-Жака* не теоретизувати правове обґрунтування з точки зору формального ірраціонального права, наприклад, з точки зору випадків суду божого або оракула, де рішення приймаються на основі випробувань, що, як прийнято вважати, знаходяться поза контролем людського інтелекту. Швидше за все, противники формалізму зацікавлені у правових системах, де рішення приймаються на основі випробувань, які (ймовірно) є зрозумілими й знаходяться під контролем людського інтелекту, але які, як видається, уникають його. Таким чином, наш другий образ — *пан Штейгер* — є втіленням позиції, за якою право страждає від невизначеності, а судді — від упереджень. У своїй роботі «Людина-машина» (1747) матеріаліст французького Просвітництва філософ Ламетрі розповідає про пана Штейгера з Віттіхгофена у Швейцарії: він був «судовим виконавцем», який «був справедливим і навіть поблажливим натщесерце», але був здатний повісити невинних після ситного

¹ Такі учені, як Lynne Henderson, Judith Resnik, Martha Minow and Elizabeth Spelman, виступають проти категоричної ревалоризації таких якостей, як відокремленість та неупередженість, які пов'язують із розумом, головним чином, через неситуативність суддів. Наприклад, *L. Henderson*, «Legality and Empathy», *Michigan Law Review*, 1987, 85, 1574 ff.; *J. Resnik*, «On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges», *South California Law Review*, 1988, 61, pp. 1877–1944; *M. Minow*, *E. V. Spelman*, «Passion for Justice», *Cardozo Law Review*, 1988, 10, November, pp. 37–76; *M. Minow*, «Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors», *William and Mary Law Review*, 1992, 33, pp. 1201 ff. Більш загальні, більш сучасні дослідження у галузі психології судочинства подібним чином як відправний пункт беруть той факт, що судді — люди, які знаходяться під впливом ситуації (див.: *David Klein*, Introduction, in D. Klein, G. Mitchell (eds.) *The Psychology of Judicial Decision Making*, OUP, Oxford 2010, pp. XI–XV).

обиду»¹. *Пан Штейгер* є прикладом упередженого судді, який поснідав, — символом і втіленням теорії, також відомої як «травний реалізм», згідно з якою судові рішення залежать від того, що судді мали на сніданок².

Зверніть увагу на те, що і *Жан-Жак*, і *пан Штейгер* представляють описові позиції. «Травний реалізм» не стверджує, що правильне (або неправильне) вирішення справи залежить від гарного (або поганого) сніданку; вважається, що судді приходять до певних рішень залежно від того, що вони мали на сніданок. «Травний реалізм» говорить нам, що неюридичні чинники, як правило, визначають судові рішення, але він нічого не говорить нам про результат рішення судді (чи він підтримає обвинувачення або захист). Той факт, що неюридичні чинники можуть впливати на прийняття рішення, не становить ані радикальної вимоги, ані вимоги, яку легко підробити. Існує більш цікаве положення, яке стверджує, що неюридичні чинники мають значення при визначенні настрою судді³.

Настрої — «другорядні стани, які підвищують або знижують нашу сприйнятливність до емоційних стимулів»⁴. Настрої тривають довше, ніж емоції, — від декількох хвилин до декількох годин. У німців є спеціальне слово для нього: *Stimmung*. Спеціаліст із настроїв Метью Реткліфф стверджує, що, на відміну від емоцій, настрої є визначеними заздалегідь «неконцептуальними фізичними почуттями», які забезпечують «місця значним можливостям»⁵. З другого боку, цим пояснюється, чому причинний зв'язок між настроєм і результатом судового рішення (на користь відповідача або позивача) є заздалегідь заданим. З іншого боку, ми не впевнені, що настрої дійсно означає настрої. Деякі вчені наполягають, що почуттєві стани зумовлені недостатністю певних об'єктів, за якими вони будуть класифіковані як настрої (людина може бути в дратівливому або тривожному настрої не з якоїсь конкретної причини, а такий почуттєвий стан,

¹ *Julien Offray de La Mettrie*, *L'homme machine* [1747], Eng. Trans. *Machine Man and Other Writings*, CUP, Cambridge 1986, p. 7.

² Говорять, що Джерому Франку належить вислів: «справедливість — це те, що судді з'їли на сніданок». Деякі говорять, що одного разу Джером Франк дозволив собі таке саркастичне зауваження щодо сніданку (*Morton J. Horowitz*, *The Transformation of American Law 1870–1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, OUP, Oxford 1992, p. 176). Інші думають, що, швидше за все, Франк цитував щось сказане жартома Роско Паундом чи суддею Верховного суду (*Owen J. Roberts: Frederick Schauer*, *Thinking Like A Lawyer*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 2009, p. 129). Невідомо, чи має ця фраза взагалі щось спільне із американським реалізмом (*Brian Leiter*, «Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence», in *Texas Law Review*, 1997, 76, pp. 267–315, now in *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, OUP, Oxford 2007, Ch. 1). У будь-якому випадку в окремих роботах (як, наприклад, *Felix S. Cohen* («The Problems of a Functional Jurisprudence», *The Modern Law Review* 1937, 1, pp. 5–26) говориться про «травний реалізм» (p. 9).

³ *Giovanni Tuzet*, «A Short Note on Digestive Realism», *Revus*, 2015, 25, p. 2, available at: <http://revus.revues.org/3226>; Крім того, «описові вимоги є причинними: ця причинність поєднує сніданок і рішення. Але причинність є дещо складнішою: ймовірно, процес йтиме від якості сніданку до настрою судді, а від його настрою залежатиме результат справи. <...> Припустимо, що у судді був великий смачний сніданок, який його повністю задовольнив: він був би в гарному настрої, але цього недостатньо, щоб передбачити його рішення. Ви повинні знати, крім того, його ставлення до відповідача і обвинувача. <...> Процеси травлення породжують ухил: вони викликають пробудження ухилу, якому особи, що приймають рішення, дозволяють визначити результат конкретної справи».

⁴ *D. Evans*, *Emotion. A Very Short Introduction*, OUP, Oxford 2001, p. 47.

⁵ *M. Ratcliffe*, *The Phenomenology of Mood and the Meaning of Life*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 348–371.

як злість, вимагає наявності об'єкта)¹. У нашому випадку, сніданок викликає стан, який зрештою не є настроєм. Більш ймовірно, що термін використаний як синонім або заміник, якому Імре Лекетос дав назву «впливова метафізика» («*grosso modo*» — світогляд людини).

Світогляд судді або будь-якої іншої людини зазвичай включає цілий діапазон підсвідомих, часто некритично сприйнятих думок. Удавання, що люди можуть бути безсторонніми, а думки — нейтральними, що риси характеру не дають про себе знати, настрої втрачають свій вплив, що люди не беруть до уваги свої звички під час обмірковування і ухвалення рішень, виглядають так неправдоподібно, що цьому не потрібен жодний коментар. Але це ніколи не було вимогою *Жан-Жака*. «Потрібні були Боги, щоб дати закони людям», — говорить Руссо. *Жан-Жак*, безперечно, схожий на пана Дата в «Зоряному шляху», в якого є «етична підпрограма», впроваджена для того, щоб зрозуміти інших, але який не має власних емоцій. У дебатах між неупередженим законодавцем і суддею, упередженість якого залежить від сніданку, останній перемагає, коли справа доходить до психологічного реалізму, але це успіх поза метою: вся критика, яка спрямована на непереконаливість психології *Жан-Жака*, зазнає поразки.

У прибічників «травного реалізму» є ще одне заперечення проти *Жан-Жака*: невизначеність закону. Невизначеними є не тільки правила, але також і джерела права, і самі висновки щодо юридичного матеріалу, релевантного до даної справи. Твердження полягає в тому, що різноманітність юридичних джерел робить формалістські претензії щодо доктринальної визначеності підступно помилковими². Для критиків *Жан-Жака* немає ніяких легких справ; вибір фактів для дослідження є по суті потенційно нормативною діяльністю, або принаймні питанням, природа якого має бути встановлена. Якщо «авторитетна традиція говорить невизначеною мовою»³, то процес вибору серед конкуруючих між собою правил, які регулюють ситуацію у даній справі, і є основним джерелом невизначеності. Хтось, здається, вважає, що саме рішення щодо доречності джерела або юридичного матеріалу, є невизначеним. Це є набагато більш серйозною загрозою формалізму, ніж невизначеність правила за Хартон або будь-яке припущення, що є невизначені стандарти, такі як розумність чи добросовісність⁴.

¹ Nico H. Frijda, «Mood» in David Sander, Klaus R. Scherer (eds.) *The Oxford Companion To Emotion and The Affective Sciences*, OUP, Oxford 2009, pp. 258–59.

² Окремі вчені стверджують, що той факт, що право піддається сильному впливу невизначеності, указує на саму суть різниці між реалізмом та позитивізмом (*Patricia Mindus*, «Realism Today: On Dagan's Quest Beyond Cynicism and Romanticism in Law», in *International Journal for the Semiotics of Law*, October 2014). Проблема невизначеності не стосується відкритої структури норми права (див. Хартон розуміння проблеми невизначеності у простих і складних справах; див. також *Hanoch Dagan*, *Reconstructing American Legal Realism and Rethinking Private Law Theory*, OUP Oxford 2013, pp. 18–19): «Неминучою причиною невизначеності є наявність декількох, потенційно застосовних доктринальних джерел», що, таким чином, «робить правову доктрину безнадійно невизначеною не через (або, принаймні, не в першу чергу) невизначеність розрізнених доктринальних джерел, але головним чином через їх багатоманітність», отже, «повна оцінка масштабів і глибини доктринальної невизначеності <...> вимагає, щоб ми не брали до уваги лише одне правило. Швидше за все, основним джерелом доктринальної невизначеності є багатоманітність доктринальних матеріалів, які потенційно можуть бути застосовані на кожному етапі в будь-якій справі».

³ *Karl N. Llewellyn*, «Some Realism about Realism», in *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice*, Univ. Chicago Press, Chicago 1962, p. 70.

⁴ Як пояснює Ллевеллін, різниця між *ratio decidendi* та *obiter dictum* полягає у тому, на що спираються судді, — на правило, вироблене у попередній справі, або на релевантні факти (або і на перше, і на друге) (*Karl N. Llewellyn*, *The Bramble Bush* [1930] in *Id.*, *The Case Law System in*

Ця невизначеність вражає самі факти. Це є процесом створення доречності конкретних фактів, що дорівнює реалізації дискреції. У цьому полягає ухил *пана Штейгера*.

Я хотіла би припустити, що здійснення вибору на підставі розгляду певного фактичного аспекту ситуації або особи, які є доречними для даної категорії справи (є релевантними), як-от наділення правом або накладання обов'язку, необов'язково означає, що вибір є свавільним, навіть за умови, що його зроблено в межах розсуду законодавця. Інакше кажучи, не будь-який вибір є дискримінаційним, і не будь-який вибір становить дискримінацію. Таким чином, все ще можливо, що судження про доречність врешті-решт не є судженням нормативного характеру, як того дотримуються прихильники *моделі Штейгера*, а є досконалим звучанням розуму¹.

У будь-якому випадку, справжня суперечка між *Жан-Жаком* і *паном Штейгером* — це не спір між тими, хто думає, що судді дивляться на «факти», і тими, хто думає, що судді дивляться на правила; і це спір не між тими, хто вважає, що факти створюються, і тими, хто вважає, що факти є даними. Швидше за все, це суперечка між тими, з одного боку, хто думає, що судді беруть до уваги формальні правові норми для визначення, які факти є юридично релевантними і який очікується результат на підставі цих фактів, і, з другого боку — тими, хто думає, що судді звертаються до неправової інформації, щоб визначити, які факти є релевантними, і які висновки можуть бути зроблені на основі цих фактів². Таким чином, зрозуміло, які позиції захищає *Жан-Жак* і які *пан Штейгер*.

Для прибічників *Жан-Жака* посилання на емоції є зайвим. Вони подібні до відволікаючих факторів, які з формалістської точки є ірраціональним почуттям, безглуздим сплеском почуттів; вони не є тим, що має значення для юридичної аргументації. Право, як серце, має власні підстави для дії. Цей «стиль зберігає свій вплив, незважаючи на напруженість у відносинах із психологічною реальністю, тому що вона міцно прив'язана до аспекту емоцій. Цей традиційний погляд виражає те, що емоції за своєю природою є ірраціональними, недисциплінованими і унікальними»³.

America, Paul Gewirtz (ed) Univ. of Chicago Press, Chicago 1933; Id., The Common Law Tradition: Deciding Appeals, Little Brown & Co., Toronto 1960, pp. 77-91; esp. p. 25): «Релевантні факти не розглядаються як такі, а, швидше, класифікуються за категоріями, які вважаються суттєвими. Але ані вибір релевантних фактів, ані їх класифікації за категоріями не є самоочевидною або логічно необхідною дією. У всіх цих випадках судді мають значну свободу дій у питанні про те, наскільки широким або вузьким буде *ratio decidendi*, тобто яким буде його обсяг щодо інших правил».

¹ Розглянемо, наприклад, якими особистими характеристиками людина повинна володіти, щоб бути здатною скористатись певним правом, скажімо, правом голосу. Є вагомі причини стверджувати, що вік є важливим критерієм, а колір очей — ні. Адаже звучить аргументованим те, що вік означає повну дїездатність, інтелектуальну зрілість і моральну автономію, необхідні для здійснення права, в той час як такий аргумент не спрацьовує щодо кольору очей. Немає ніякого зв'язку між політичною спроможністю людини і, скажімо, світлим кольором очей. Світлий колір не є розумно обгрунтованим критерієм для доступу до права голосу. Ця теза не залежить від будь-якого естетичного, морального або широко нормативного припущення. Тут не потрібно ніяких конкретних нормативних чи моральних міркувань, достатньо звичайного гносеологічного міркування. Міркування, можливо, навіть зводиться до розрахунку наслідків, що випливають із передумови. Це можливо і без дослідження своїх нормативних переваг або того, що хто їв на сніданок. Ця думка знаходиться у центрі проекту, який я в цей час розробляю (див.: <http://civissum.eu/index.html>).

² F. Schauer, *Thinking Like A Lawyer*, cit., p. 132.

³ T. Maroney, «The Persistent Cultural Script», cit., p. 632.

Для опонентів емоції не є маловажними, але вони їх відносять до неюридичних чинників, які впливають на прийняття правових рішень; емоціям відводиться «місце в недиференційованій нераціональній сім'ї», серед таких різноманітних понять, як «інтуїція», «політика» і несвідоме Фрейда <...>. Коли реалісти звертаються до емоцій, вони це роблять у недиференційованій манері, одночасно залучаючи поняття упередженості, забобонів, особистості, темпераменту, волі, і навіть творчості, «отже, вони згруповують емоції разом з іншими факторами, які так само невпізнані й некеровані»¹. У традиції травного реалізму суддя може бути істотою емоційною, але ці емоції виявляються лише як необґрунтовані переконання й забобони — менш структуровані, ніж це потрібно для обґрунтування прийнятих рішень, — викликані таким легковажним елементом, як меню сніданку. Так що коли справа доходить до емоцій, суддя, настрої якого визначено сніданком, стикається із проблемами: право може бути справді невідзначеним, надаючи тим самим простір для неправових елементів як критерії вибору; але не всі неправові елементи однакові. Як і раніше, потребує доведення той факт, що посилання на емоції буде кваліфікуватися як «неправове»².

Це питання стає більш інтригуючим, коли мова заходить про співчуття: співчуття не розглядається як просто інша змінна, яка може бути або не може бути підставою для прийняття рішення³. Юриспруденції давно відомі дебати про відповідну вирішальну роль моральності або наукове знання. Співчуття трактується по-різному. «Воно розглядається як <...> дикий, нестримний, дестабілізуючий чинник, який не може співіснувати з верховенством права»⁴.

Парадоксально, але чи може *Жан-Жак* бути єдиним, хто може пристосуватися до нераціонального посилання на емоції? Він знає, що, як законодавець, він повинен мати повне розуміння психологічних характеристик реципієнтів його рішень, і таке розуміння включає оцінку наших емоцій. Утім потенційна роль емоцій для *Жан-Жака*, як правило, є невловимою. Справді, у межах цього підходу емоції можуть бути корисними для нашого законодавця тільки з точки зору когнітивних цілей. «Когнітивна функція емпатії виступає як інструмент для розуміння інших; видається, вона не має особливої емоційної валентності. Співчуття такого роду може бути використане для будь-яких цілей взагалі, у тому числі з метою завдання шкоди особі, на яку вони спрямовані»⁵. Когнітивна емпатія може мати важливе значення для правосуддя і законодавства, але вона не є причиною, через яку суддів хвалять за стійкість до емоцій. Ця

¹ Ibid., pp. 666-7.

² Чи можуть, наприклад, такі епістемічні емоції, як цікавість та наполегливість, відігравати позитивну роль у процесі прийняття правових рішень? Їх протилежності, як правило, беруться до уваги, щоб натякнути на недбалість і погано виконану роботу. Це становить, щонайменше, частково, проблему для *Жан-Жака* (див.: Adam Morton, Epistemic Emotions, in P. Goldie (ed.) Oxford Handbook on Philosophy of Emotion, cit., pp. 385–399). Інші розширюють сферу так, щоб включити до епістемічних емоцій почуття тривоги, яке, як кажуть, відіграє важливу роль у раціональності, сигналізуючи про те, що слід гарантовано робити на підставі зібраної додаткової інформації та роздумів. Невизначене припущення щодо значної роботи емоції та права означає те, що емоційно суддя незмінно прагне до недбалості, упередженості та ірраціональності. Проблема полягає у власному праві судді. Тому емоції, яких суддя має позбутись, не повинні включати епістемічні емоції або так звані нестандартні емоції — від більш поширеної цікавості та інтелектуальної чесності до менш поширеного споглядального задоволення.

³ 46 S. Bandes, «Moral Imagination and Judging», cit., p.105.

⁴ Ibid., p. 1.

⁵ Ibid., p. 110.

концепція емпатій зокрема та емоцій в цілому є занадто вузьким підходом. Він зводить емоції до суворо нерелевантних ухилів. Однак, коли ми говоримо про емоції в цілому і, зокрема, про емпатію, слід мати на увазі: емпатія говорить про почуття до інших. Це означає, що вони не просто когнітивні¹. Чим би не були емоції, але вони не повинні бути психічним режимом, який негайно зводиться до переконання. Грубо кажучи, як деякі пропонують: «Емоції, ймовірно, найбільш складні психічні феномени, оскільки включають в себе всі види ментальних сутностей, які знаходяться на різних онтологічних рівнях»². Ані *Жан-Жак*, ані *пан Штейгер* не в змозі побачити це.

2.2. Самовідданий суддя і суддя, який вболіває за справедливість

Традиційна модель юриспруденції пропонує інший набір ідей, на яких ґрунтується уявлення про роль емоцій. У межах цієї критики є дві діаметрально протилежні позиції, хоча їх об'єкти не повністю перекриваються, отже, різниця між ними є ілюзорною. З одного боку, є ті, хто вважає, що хороший суддя не повинен відчувати ніяких емоцій; якщо він так робить, його слід відсторонити. Верховенству права у цілому, а також юридичній визначеності зокрема краще сприяє прийняття рішень, які позбавлені емоцій. Право повинно бути як машина для передбачуваності правосуддя. Судді повинні прагнути до неупередженості, не бути жертвами пристрастей, які заважають винесенню рішень та провокують однобічність. Уїдливі образ емоційного судді означає відмову від дисципліни, незалежності та неупередженості. Символічним у даному випадку є погляд Дж. Хатчесона молодшого, спочатку молодого юриста, а згодом федерального окружного судді, який надто переконаний у тому, що «якщо хто-небудь припустить, що суддя має право відчувати або виводити нову категорію, яка стосуватиметься спору, що знаходяться в його провадженні, я відкину це припущення як ненаукове і неспроможне, тоді як судді, який наважиться вчинити так, я кричатиму: “Геть його!”»³. Для цих прихильників непорушної Феміди правосуддя має бути байдужим до пристрастей, щоб не перетворитись на свою протилежність.

З другого боку, противники цієї позиції стверджують, що байдужість до емоцій негативно впливає на прийняття рішення суддею. Суддівство живиться тим, що називається «судовими емоціями», тобто досвідом створення суддею розсудливого, конкретного емоційного стану (страх, гнів, щастя, сум, здивування, відраза тощо) під час виконання своєї професійної ролі. Як правило, це положення обмежене складними справами, політично важливими справами або,

¹ Див. *Robin West*, «The Anti-Empathic Turn», in J.E. Fleming (ed.) *Passions and Emotions*, cit., p. 248; *L. Henderson*, «Legality and Empathy», cit., pp. 1574–1654; *S. Bandes*, «Empathetic Judging and the Rule of Law», in *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, pp. 133–148; *S. Bandes*, «Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements», cit. Деякі розрізняють співчуття (емпатію) та симпатію: у той час як емпатія є джерелом інформації, симпатія є моральним почуттям, яке мотивує до дій. Навіть допускаючи таке розрізнення, яке може указувати лише на етимологічну різницю, ми досі не в змозі пояснити суть симпатії.

² *Aaron Ben-Ze'ev*, *The Thing Called Emotion*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., p. 41.

³ *Joseph C. Hutcheson Jr.*, «The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision», *Cornell Law Review*, 1929, 14, p. 278.

що більш традиційно, специфічними категоріями справ про справедливість, які вимагають практичної мудрості¹.

Ця антитеза є нормативною². Дж. Френк наполягав на цьому аспекті: «У мене немає наївного уявлення, що існує суддя без будь-якого «емоційного ставлення», і «у мене немає ніякого бажання жити в суспільстві, в якому такі суб-люди чи супер-люди існують серед суддів, які здійснюють правосуддя»³. Посилаючись на лекцію судді Верховного суду Вільяма Дж. Бреннана (1967), де останній співає гімн «емоціям»⁴, Оуен Фісс справедливо зазначив: «Я не вірю, що суддя Бреннан <...> просто стверджує очевидне: судді є людьми, чим більше вони прагнуть бути раціональним, тим більше емоції і пристрасті неминуче проникають у судовий процес <...>. [Замість цього він відзначає] пристрасть як фактор, який має бути залучений до процесу прийняття рішень»⁵. Для доведення (або спростування) цієї нормативної тези потрібні інші аргументи, ніж ті, що використовувались у першому варіанті критики. Те, що нормативного ідеалу важко досягти, не є аргументом проти нього. Обидві позиції визнають, що емоції дійсно здійснюють вплив на нормативному рівні. Вони незгодні, однак, щодо їх цінності. Тут ми знаходимо наш третій і четвертий образи в нашій портретній галереї: *Геркулеса* і *Соломона*.

Життєва мудрість свідчить, що судді повинні залишити свої особисті пристрасті й емоційні зобов'язання позаду, перед тим, як вони займуть своє місце. Цей погляд на роль емоцій у прийнятті правових рішень добре обґрунтований Головним суддею Робертсом⁶ за допомогою відомої метафори про арбітра, яка говорить про те, що судді повинні залишити свої емоції позаду задля кращого вирішення справи.

Історичним прикладом дотримання таких поглядів є твердження Томаса Гобса у середині 1600-х років про те, що ідеальний суддя позбавлений «страху, гніву, ненависті, любові й співчуття»⁷. Артур Корбін указує на наслідки впливу емоцій на суддю під час здійснення правосуддя: судове право «розвивається в напівтемряві невігластва та емоцій», а не «в яскравому світлі чистого розуму»⁸.

¹ Aristotle, Nic. Ethics, Book V, 1141b.

² На іншому рівні аналізу, однак, диспут має описовий характер, оскільки він залежить від місця, яке відводиться аргументації у різних видах справ; як зауважує Кардосо, «правознавці не змогли домовитися щодо того, наскільки прийняття рішення пов'язане із аргументацією, а наскільки — лише з емоціями» (*Benjamin N. Cardozo, The Nature Of The Judicial Process*, Yale Univ. Press, New Haven 1921, pp. 44–45). Немає нікого, як я можу судити, хто б насправді стверджував, що будь-яка судова практика, на будь-якому рівні вимагає емоцій у розумінні фронеzisу (практичної мудрості). У той час як існують дебати про більш високий поріг (складні справи), немає ніяких серйозних дебатів про низький поріг (легкі справи). Звичайно, інше питання щодо того, де встановити поріг (тобто що є складною, а що є легкою справою). Це питання я залишу поза увагою.

³ Jerome Frank, «What Courts Do in Fact», *Illinois Law Review*, 1932, 26, n. 55, pp. 761–764.

⁴ William J. Brennan, Jr., «Reason, Passion, and The Progress of the Law», *Cardozo Law Review*, 1988, 10:3, p. 17: «Найбільша загроза для принципу належного процесу — формальний розум (підстава), позбавлений (а) розуміння почуттів».

⁵ Головний суддя Робертс заявив під час слухання, присвяченого його затвердженню на посаді, що «судді, як арбітри. Судді не створюють правила, вони їх застосовують <...>. Вони запевнюють всіх, що усі грають за правилами» (див: Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 5 (2005)).

⁶ Owen M. Fiss, «Reason in All Its Splendor», *Brooklyn Law Review* 1990-91, 56, p. 797.

⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan* [1651] A.R. Waller (ed.) Cambridge Univ. Press, Cambridge 1904, p. 208.

⁸ Arthur L. Corbin, «The Law and the Judges», *Yale Review*, 1914, 234, 3, p. 250.

Ризик визнання емоційних суддів полягає у тому, що вони страждають від «забобонів і пристрастей всього людства»¹. Симпатії і ворожість є частиною людської психології, але вони не повинні відігравати ніякої ролі у процесі правової аргументації: «поворот обличчям до пристрастей» є помилковою спробою приборкати невизначеність².

Наш третій образ у межах прогресивної юриспруденції втілює цю позицію самовідданого Геракла³. На відміну від присяжних або дітей, судді дисциплінують себе, щоб реагувати на проблеми, які постають перед ними, з ретельною послідовною раціональністю⁴. Геркулес може бути наділений людською психологією, але він взмозі підняти себе над її проявами: він не втомлюється і не стає жертвою примх. Навіть якщо він співчуває одній зі сторін, він не дозволяє співчуттю впливати на нього. Судді — створіння (аж занадто) людські — вони відчують емоції, але повинні, тією мірою, якою це стосується їх професійної діяльності, позбавляти себе особистих схильностей так, як це робить громадянин у Руссо, який позбувається приватних інтересів при голосуванні. У цьому сенсі Геракл є безкорисливим. Емоції, дійсно, мають нормативне значення: вони не повинні враховуватися під час пошуку правильного рішення правової проблеми. Емоції задумані як надбудова, яка не повинна бути задіяна в раціональному процесі обґрунтування. Геракл позбавляється емоцій, не втрачаючи при цьому себе.

Емоції представляють суб'єктивне і химерне; емоції — це питання смаку (*de gustibus*). Ми можемо його відчувати, але це не повинно мати значення, тому що, як смак і аромати, емоції є непроникними для аргументу або розуму. Це питання переваг. У певному сенсі емоції можна порівняти з будь-яким бажанням, що призводить до певного ухилу. Цей спосіб обмірковування емоцій як своєрідного елемента є нормативним тематичним зрізом у межах провідної правової культури.

А втім, інший, але все ж таки доволі широко сприйнятий образ запропонований у вигляді портрета *Соломона*. Він служить, «щоб пізнати мудрість і досвід, сприймати слова про взаєморозуміння; набути досвіду мудрості, справедливості, правосуддя й рівності, щоб надати тонкість простому, молодому знанню й розсудливості»⁵. Він не безкровний вулканець, не безликий адміністратор. Він просить (і отримує) «серце розумне, щоб судити народ Твій, щоб розрізнати добре і погане: адже, хто ще здатний судити Твій такий великий народ»⁶.

¹ George P. Costigan, Jr., «The Supreme Court of the U.S.», Yale Law Journal, 1907, 16, n. 69, p. 266.

² O. Fiss, «Reason in All Its Splendor», cit., pp. 797–98.

³ Тут обов'язковим є посилання на Р. Дворкіна і його суддю з «надлюдськими здібностями, знаннями, терпінням і хваткою», який є «більш вдумливим і сором'язливим, аніж будь-який реальний суддя має бути, або, враховуючи обсяг його роботи, може бути» (Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 1978, pp. 116–117). *Геракл* розуміє право як безшовну мережу або систему без прогалин, в якій він прагне узгодженості й цілісності; він «вибудовує схему абстрактних і конкретних принципів, які забезпечують узгоджене обґрунтування для всіх прецедентів загального права і, оскільки вони засновані на принципах, конституційних та законодавчих» (Law's Empire, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 1986, p. 265). Як і у випадку *Жан-Жака*, присутня критика *Геракла* за його нереалістичність. Він виступає за нормативний ідеал і не займає ніякої фактичної ніші.

⁴ Richard A. Posner, «Emotion Versus Emotionalism in Law», in *The Passions of Law*, cit., p. 311.

⁵ Proverbs 1, 2–6.

⁶ Kings 3:4-9.

«Великий суддя» Соломон має особистісні риси Платона — «людини царської природи»¹. Він править проти «нерозумних» законів, встановлених законодавцем, і виступає проти тирана, який є таким, наприклад, у силу своєї впертості й негнучкості, нездатності побачити «розумність» інших². Великий суддя використовує благочестя і справедливість проти суворих законів³. Соломон втрачає власну гідність, якщо допускає при застосуванні закону відхилення від справедливості або інших основоположних принципів⁴. «Помилка», притаманна законам, пов'язана із самого початку із законодавцем, який, із наміром або без наміру, не помітивши конкретний набір обставин або навмисно забувши про них, створює універсальні правила, які застосовуються до більшості життєвих ситуацій. Отже, коли закон мовчить або є незастосовним до конкретного випадку, Соломон інтерпретує закон у світлі розглядуваної ситуації. Дві обставини визначають сферу твердження про те, що правосуддя не повинно бути байдужим до пристрастей: Соломон працює на (I) справедливість й керується своєю (II) емпатією (співчуттям).

Свягаючи своїм корінням латинського *principle of aequitas* (принципу рівності) — який урівнює невідповідність між *ius scriptum* (писаним правом) і *ius aequum* (природним правом)⁵, — справедливість робить право невизначеним⁶.

¹ У цьому сенсі він подібний до великого політика: *Kybernetes* або *gubernator* «подібно до того, як керманіч постійно піклується про інтереси судна і моряків, підкоряючись не писаним правилам, але мистецтву, яким є для нього закон, і, таким чином, зберігає життя товаришам з плавання, таким же чином турботами умілих правителів утримується правильний державний лад, бо сила мистецтва ставиться вище законів. (Plato, *Statesman* 296e, trans. Benjamin Jowett). Утім великий суддя відрізняється від великого законодавця: великі законодавці, тобто такі мудрі люди, як Мінос, Лікурґ, Солон, — символи авторитетів — або героїв, як Мойсей, Кір, Тезей, Ромул, — символи рішучості — є прихильниками не «правління чоловіків», але правління законів. (*George Dumézil*, *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté*, Gallimard, Paris 1948, pp. 37ff). Образ судді, який найкраще відображає політичні погляди таких батьків-засновників, — не *Геркулес* або Соломон, але *Жан-Жак*, який є ідеальним для застосування їх законів. See *Massimo Cuono*, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Madrid 2013.

² В «Антигоні» Софокла Гемон звинувачує свого батька Креона: «Страх простолюдинові твій погляд вселяє, перериває мову слова, що вражають слух твій, а я, в тіні, і бачу все, і чую, я чую, як всі її жалюють, усі кажуть: “невже загине та, що менш за всіх заслуговує загибелі, за подвиг, настільки прекрасний, кару, настільки жалісну понесе вона, та, що, рідного брата в калюжі крові знайшовши, непохованим не залишила, щоб не зазнав він від псів голодних або яких-небудь птахів приниження; чи не заслуговує вона вшанування золотим вінком?”» (*Sophocles*, *Antigone*, 680; Trans. Richard C. Jebb, CUP, Cambridge 1917).

³ *Ius strictum*, *equitas* та *pietas* мають доволі складні відносини: тріада природного права Ульпіана була в центрі багатьох дискусій. Наприклад, Лейбніц критикує Гоббса для зведення права *Ius strictum* за рахунок *equitas*. (*G. W. Leibniz*, *Meditation on the Common Concept of Justice*, 170203).

⁴ Ідея про те, що суддя розуміє намір закону, а не просто змінює правила через їх несправедливість, виходить з її імплементації і є інтерпретацією справедливості, яка виникла в англо-американській традиції завдяки діалогу *Christopher St. German dialogue Doctor and Student* [1532] and (*Edward Hake*, *Epieikeia: A Dialogue On the Equity in Three Parts* [1600 ca], ed. D.E.C. Yale, Yale University Press, New Haven, Conn. 1953. *Dennis R. Klinck*, *Conscience, Equity, and the Court of Chancery in Early Modern England*, Ashgate, Burlington 2010).

⁵ Cicero, *De Officiis*, I 10, 33; II 12, 24; *De Oratore*, 1.57; *Digesto*, D.1.1.7.1.

⁶ В Англії протягом XVI–XVII ст. право справедливості намаглося виправити недоліки загального права, яке сприймалося як система жорстких і обов'язкових правил, у чому іноді звинувачується континентальна правова система (див.: *Bernadette Meyler*, «Equity over Empathy», in J. E. Flemings (ed.) *Passions and Emotions*, cit., p. 316; *Stephen H. Subrin*, «How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective», *University of Pennsylvania Law Review*, 1987, 135, pp. 909 ff.).

Наполягаючи на індивідуальності справи і, отже, на прояві творчих підходів, *epieikeia* (милосердя) є засобом виправлення помилки, зумовленої жорстким застосуванням негнучких правил у конкретному випадку (*Aristotle, Nic. Ethics, Book V, 1137b*). Знаходячись між виведенням винятків і створенням правил, воно стосується створення норм, виведених із конкретних випадків шляхом узгодження універсальності закону і випадковості конкретних обставин (*1137b*). Ось чому справедливість вимагає практичного обґрунтування, щоб пом'якшувати суворість закону: *phronesis* є «практичною мудрістю, яку цікавить не лише загальне — для неї також важливими є особливості, бо це є практичним, а практика пов'язана з особливостями. Ось чому ті, хто не знає, і особливо ті, хто має досвід, більш практичні, ніж інші, що володіють знаннями»¹. Соломон має бути обдарованим певними здібностями: навиками співпереживання.

Соломон не просто розуміє мотиви інших людей. Він також відчуває те саме, що і вони, відчуває симпатію чи співчуття². Прихильники Соломона вважають, що «наші інтуїція, емоції і совість є належними факторами для юридичного мислення»³. Міф безпристрасності «заснований на двох фікціях: 1) емоції обов'язково призводять до несправедливості і 2) справедливий суб'єкт прийняття рішення обов'язково є безпристрасним»⁴. Для багатьох співпереживання сприяє обґрунтованості рішення: ось чому «співчуття і моральна фантазія, при їх правильному розумінні, є частиною вирішення проблеми безвідповідальних суддів при інтерпретації ними невизначеного закону, а не частиною проблеми»⁵. Емпатія є необхідною умовою для фронетичних здібностей, які характеризують нюанси судочинства, з якими має справу правосуддя.

Емоційно спустошені суб'єкти, які приймають рішення, погано справляються з такими особливими випадками, тому що цей вид судочинства вимагає емоційного розуму⁶. Ті, хто, як і Жан-Жак або Геракл, «знають», як люди поведуться, але тримаються осторонь емоцій, є «менш практичними» у цій діяльності. Геракл не вирішив би справу про матерів, які ділили дитину, слідуючи такому абсолютно незаконному методу, який припускав поділити дитину. Здатність Соломона відчути відчай матері вже при одному уявленні мертвої дитини — це те, що керує ним при прийнятті рішення. Його здібність до співпереживання дозволяє йому вибрати сторону в суперечці, у той час як Геракл або Жан-Жак залишилися б, інтелектуально кажучи, на місці Буриданова віслюка.

У цьому полягає сенс твердження, що «здатність розуміти цілі інших є суттю мистецтва судочинства»⁷. Соломон дозволяє нам зрозуміти, що «прийняття правових рішень є збагаченим і пронизаним емоційними операціями, тому що вони звертають увагу на конкретні особливості випадку, або форму-

¹ Aristotle, *Nic. Ethics, Book VI, 1141b* (in Ross' trans.)

² Benjamin C. Zipursky, «Anti-empathy and Dispassionateness in Adjudication», in J. E. Fleming (ed.) *Passions and Emotions*, cit., esp. p. 309.

³ Irving R. Kaufman, «The Anatomy of Decision-making», *Fordham Law Review*, 1984, 53:1, p. 16.

⁴ Samuel H. Pillsbury, «Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment», *Cornell Law Review*, 1989, 74, p. 655.

⁵ S. Bades, «Moral Imagination and Judging», cit., p. 101.

⁶ Peter Salovey, John Mayer, «Emotive intelligence» in *Imagination, Cognition and Personality*, 1990, 9, pp. 185–211. See also Daniel Goleman, *Emotive Intelligence*, Bantam Books, New York 1995.

⁷ R. West, «The Anti-Empathic Turn», cit., p. 243. 78 K. Abramst, H. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2004.

ють здатність осіб, які приймають рішення, зрозуміти перспективи, або ставки кожної сторони у справі. Зусилля, спрямовані на витіснення афективного рішення, є результатом історичної дихотомізації, внаслідок чого можуть вироблятися поверхові, шаблонні, нічого не варті, безвідповідальні судові рішення»¹.

Зверніть увагу, що *Соломон* не зміг позбавити себе цих емпатичних здібностей. Якби він був позбавлений фронетичних навичок, він не був би *Соломоном*. Емоції не можна залишити осторонь, тому що хтось займає місце судді. Це ідентифікуюча ознака, а не проста особиста схильність. Співчуття *Соломона* — це не суб'єктивна індивідуальна характеристика, як-от смак або уподобання. Це не захоплення. Воно не заховане в інший вузький процес обґрунтування. Це те, що робить його судження мудрим.

Так само, як прихильники *Жан-Жака і пана Штейгера* використовують широке (розпливчате) поняття емоцій, прихильники *Соломона* також є неточними в тому, що вони мають на увазі: кажуть «емоції», але мають на увазі «інтуїція», «передчуття» — напів- або підсвідома когнітивна здібність, яка впливає з досвіду; точніше, від фронетичної мудрості досвідчених людей². Емоції є синонімом повної і достовірної оцінки соціальної реальності. Гарним прикладом такої позиції є позиція С. Бандеса, який вважає, що судді «роблять припущення» про цілий ряд речей, в яких досвід відіграє важливу роль: «як повинні діяти жертви насилля в родині або жертви зґвалтувань чи жертви жорстокості в поліції. Вони роблять припущення про те, як вагітні жінки відчувають себе щодо своїх ненароджених немовлят, як поліцейські реагують на санкції, як почувасться 13-річна дівчинка в разі її приниження в кабінеті шкільного директора, які почуття супроводжують особу, відправлену до вагону «тільки для чорних»³. Досвід є необхідним для того, щоб мати інтуїцію щодо того, як інші люди відчувають себе в тій чи іншій ситуації⁴. Коли Дж. Хатчесон заявив, що судді «приходять до своїх рішень через відчуття», він описував психічний процес «інтуїції»⁵. Коли Голмс сказав, що «значення фрази слід відчути, а не довести», майорімовірно, що він мав на увазі, що його емоції розкривають для нього значення слів. Він, швидше за все, мав на увазі інтуїцію⁶.

Ці «припущення», або «інтуїція», що впливають із досвіду свого емоційно-го життя або життя інших, можуть бути невиразними, але вони мають мало спільного із суто ірраціоналістичним або підсвідомим поглядом на емоції, як хтось вважає. Стає зрозумілим, чому прихильники *Соломона* вважають, що «традиційна правова історія поглядів на емоції як на щось суто ірраціональне, є просто неправильною. Вирішальна роль емоцій у відображенні й створенні при-

¹ К. Abramst, Н. Kerentt, «Who's afraid of law and emotions?», cit., p. 2004.

² О. Fiss, «Reason in All Its Splendor», cit., pp. 801–02.

³ S. Bandes, «Moral Imagination and Judging», cit., p. 113.

⁴ У моральній філософії сьогодні все більш активними стають дебати про цінність інтуїції (див.: Folke Tersman, «Intuitional Disagreement», The Southern Journal of Philosophy, 2012, 50, 4, pp. 639–659). Інтуїція, яку ми тут обговорюємо, є базованою на досвіді; вона пов'язана із нормативною вимогою до соціального складу судового корпусу.

⁵ Joseph C. Hutcheson Jr., «The Judgment Intuitive», cit., p. 277, що посилається на «шосте почуття», яке має відношення до спалаху прозріння, якому передуює період роздумів.

⁶ T. Maroney, «The Persistent Cultural Script», cit., p. 669.

чин співіснує з можливістю формувати наш досвід і виражати його у відповідності з ієрархією причин»¹.

2.3. Чотири погляди на емоції

Як видається, юриспруденція схильна сприймати емоції спрощено. Вивчення ролі емоцій було ускладнене тенденцією спрощеного погляду на емоції, які розглядалися переважно як набір швидких, сильних, нерелексивних сплесків почуттів. «Воно було утруднене нездатністю вирізнити серед різних видів емоційних прояви, в тому числі <...> одномоментні рефлекторні емоції, довгострокові емоційні вчинки, настрої та емоції, засновані на складних моральних і пізнавальних здібностях»². Тепер ми готові зробити висновок, що у межах традиційної юриспруденції склалися чотири способи інтерпретації емоцій.

По-перше, емоції можуть бути сприйняті як щось зайве для розуміння природи прийняття правових рішень; адже правосуддя постає як формальна раціональність, і судочинство, по суті, є процесом обґрунтування. Емоції, навпаки, є ірраціональним почуттям: вони як відволікаючий фактор. Цей погляд на емоції знаходиться в межах загального твердження про те, що правосуддя є байдужим до пристрастей.

По-друге, емоції можуть сприйматись як сторонній (неправовий) чинник, що впливає на процес прийняття правових рішень. Це пов'язано із тим, що право страждає від серйозної невизначеності, не просто на семантичному рівні, а на рівні добору релевантного матеріалу. Це відкриває шляхи для всіх видів думок, спонукань, закликів і бажань, які впливають на прийняття рішень. Емоції тут постають як помилкове або некритично сприйняте припущення: вони подібні до ухилу. Таке розуміння емоцій знаходиться поза межами твердження про те, що правосуддя є байдужим до пристрастей, оскільки судді, відповідальні за встановлення суті невизначеного права, є необ'єктивними.

По-третє, емоції можуть розглядатись як особиста схильність, яку суддя має залишити поза межами процесу судочинства. Це пов'язано із тим, що правосуддя має бути передбачуваним, і судді повинні прагнути до неупередженості, у той час, як пристрасті затьмарюють правосуддя і провокують однобічність. Для забезпечення верховенства права, принципу законності й визначеності особи, що приймають рішення, повинні, наскільки це можливо, ігнорувати свої емоції. Судді не повинні дозволяти своїм суб'єктивним характеристикам впливати на прийняття ними рішень. Емоційна відстороненість є вимогою неупередженості. Емоції тут виступають як уподобання, як смак. Таке розуміння емоцій знаходиться поза межами загального твердження про те, що правосуддя повинно бути байдужим до пристрастей.

По-четверте, емоції можуть мати важливе значення для практичної мудрості, необхідної для належного судочинства. Адже судочинство вимагає практичного розуму, а не просто формальної дедукції. Парадигматичність — прояв справедливості. У даному випадку співпереживання відіграє важливу роль у пом'якшенні суворості закону. Емоції представлені як когнітивні здібності. Таке розуміння емоцій знаходиться поза межами загального твердження про те, що

¹ Ibid., p. 649.

² Susan A. Bandes, «Emotion and Deliberation: The Autonomous Citizen in the Social World», in J. E. Fleming (ed) *Passions and Emotions*, cit., p. 190.

правосуддя не повинно бути байдужим до пристрастей, щоб не перетворитись на свою протилежність.

Отже, в основі цих чотирьох позицій лежать різні види емоцій: 1) емоція як почуття; 2) емоція як ухил; 3) емоція як уподобання; 4) емоція як здібність.

Ці чотири погляди на емоції можуть бути простежені у двох основних філософських підходах до розуміння емоцій, які ми розглянемо далі.

3. Гнів розуму і благодать почуттів

Дозвольте повернутись до того розуміння емоцій, яке формує підґрунтя для тез прихильників і противників презюмованої або обов'язкової відчуженості права від емоційних явищ. Описові та нормативні аспекти беземоційності у праві у межах традиційної моделі спираються на дві широкі теорії емоцій: ірраціоналістичний та когнітивний підходи, жоден з яких не може бути сприйнятий категорично¹. Філософські дебати з приводу емоцій можуть виявитися повчальними для правознавців також. Опишемо коротко ці широкі теорії емоцій з тим, щоб прив'язати їх до наших чотирьох портретів суддів.

3.1. Гнів розуму

Перше розуміння емоцій обертається навколо набору припущень про те, що розум є протилежністю емоціям у рамках жорсткої дихотомії людської психіки. Це розуміння базується на ірраціоналістичному підході. Розум є провідником, який повинен направляти душі до істини, тим самим піднімаючись над моральними інстинктами і ірраціональними уподобаннями². Ірраціоналістичний підхід розглядає розум як природного правителя нашого хаотичного, неслухняного емоційного життя, що робить нас пристрасними до примх похоті й несвідомих імпульсів. Тут «пристрасті постають як вороги, яких слід перемогти, нейтралізувати або обеззброїти у громадянських війнах Волі <...>»³. З одного боку, ми знаходимо неприборкані, недоступні почуття і інстинкти; а з другого — ми виявляємо зріле знання. Прихильники ірраціоналістичної теорії емоцій можуть сказати про емоції те, що і Кант стверджував щодо намірів (*Neigung*): «Мусить бути <...> універсальне бажання кожної розумної істоти бути повністю вільною від них»⁴. І Кант, і утилітаристська етика сприймають версії цього дихотомічного аспекту; це можна простежити на добре розробленій стратегії в межах традиційної етики — стоїцизмі. Цієї позиції дотримуються сьогодні ті, хто вважає, що

¹ Сьогодні ми маємо теорії емоцій, які стирають розрив між ірраціоналістичним і когнітивістським підходами. Наприклад, Пітер Голді і інші стверджують, що емоції свого роду є психічними станами (див.: *P. Goldie, The Emotions: A Philosophical Exploration*, OUP, Oxford 2000; *Ronald De Sousa, The Rationality of Emotion*, MIT press, Cambridge Mass. 1987; *Aaron Ben-Ze'ev, «Emotion as a subtle mental mode»*, in Robert Solomon (ed.) *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotion*, OUP, Oxford 2004, pp. 250-68). Джон Дей нещодавно висунув варіант «інтенціональної» точки зору, теорію про те, що емоції є спрямованими на сприйняття світу станами (див.: *Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 17-40). Див. також: *Emotions, Values, and the Law*, OUP, Oxford 2008. Для цілей нашого дослідження достатньо розкрити детально дві основні теорії, які тут описано.

² Тут наявне посилання на діалог «Федр» Платона і його знамениту алегорію з колісницею.

³ Remo Bodei, *Geometria delle passioni*, Feltrinelli, Milano 2003, p. 25.

⁴ *I. Kant, Groundwork of the Metaphysic of Morals*, trans. H. J. Patton, New York, Harper Torchbook 1964, pp. 95-96.

емоції є частиною нашої еволюційної спадщини, без якої краще вирішувати питання, що робити¹.

Розум і емоції належать до протилежних полюсів тих чи інших значень². Розум та емоції, таким чином, задумані як «стримуючі пар дескриптори, такі як упереджений — неупереджений, нерепрезентативний — репрезентативний, некогнітивний — пізнавальний, викликаний зовнішніми факторами розуму, фізіологічно-орієнтований — когнітивно-орієнтований, мотивуючий — мотиваційно-інертний тощо»³. Раціоналізм і романтизм вимагають такої дихотомії. Цей перший підхід до емоцій допускає різні пояснення того, що таке нормативні судження і як вони зроблені. Ця теорія сумісна з багатьма моделями морального судження. Ніяких конкретних мета-етичних позицій вона не вимагає. Ірраціоналістичний погляд на емоції сумісний із раціоналістичною моделлю прийняття рішень⁴, згідно з якою спочатку ми розмірковуємо, а потім ми відчуваємо емоції. Можна вірити, що емоції виникають як наслідок розуму, але триматися на позиції ірраціоналістів. Те саме стосується так званої моделі інтуїції, яка стверджує, що емоції являють собою інтуїцію щодо того, що правильно і що неправильно, і що ми використовуємо цю інтуїцію, щоб прийняти рішення; розум забезпечує раціоналізацію постфактум⁵.

Прихильники ірраціоналістичного розуміння емоцій можуть також сприйняти цю модель «подвійного процесу»⁶, згідно з якою нормативні судження іноді зумовлені емоціями, а іноді розумом. Насправді, більшість мислителів, які вірять у «всеосяжне володарювання розуму», з легкістю можуть розглядати «емпіричний сентименталізм» як описову теорію про те, як (більшість людей) формують свої думки: навпаки, філософи, які належать до етичних раціоналістів, навряд чи будуть здивовані тим, що випробовувані керуються більше пристрасно, аніж розумом.

Такий підхід до розуміння емоцій є переважаючим в юриспруденції. Раціональна думка — ось те, що справді важливо: вона може бути жорсткою, проте якщо правосуддя вершиться, то розум повинен вийти на перший план. Правосуддя, як гнів, сліпе: ми можемо назвати це люття розуму. Назва походить від іншої жінки із зав'язаними очима, яка часто з'являється в тій же іконографічній традиції, що і Феміда: Лють, або Сліпа Лють.

¹ *Peter Singer*, «Ethics and Intuitions», *Journal of Ethics*, 2005, 9, pp. 331–52.

² *R. Bodei*, *Geometria delle passioni*, cit., в якій представлено історію цієї дихотомії.

³ *Cheshire Calhoun*, *Reliable Democratic Habits and Emotions*, in *J. E. Fleming* (ed.) *Passions and Emotions*, cit., p. 214.

⁴ *Marc Hauser*, *Moral Minds: How Nature Designed our Universal Sense of Right and Wrong*, HarperCollins, New York 2006.

⁵ *Jonathan Haidt*, *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgement*, in «*Psychological Review*» 108 (2001) p. 814–834. Ця психологічна теорія припускає, що емоції передують нормативним судженням, маючи на увазі, що вони не можуть бути компонентами або частинами останнього. Це може залишити незрозумілим, як нормативні судження можуть бути утворені через скептицизм інтуїції щодо ролі розуму: спочатку розум, здається, відіграє принаймні деяку роль в обговоренні. Але все ще залишається несумісними з ірраціональним аспектом емоцій.

⁶ *Joshua Greene* et al. «An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgement», *Science* 293 (2001), pp. 2105–2108.

Будучи канонічними відчуттями стародавніх¹ і смертельним гріхом, Гнів фактично став «ознакою сліпоти всіх пристрастей, оскільки він вважається парадигматичною (хрестоматійною) пристрастю сам по собі»². Ірраціональний аспект емоцій часто розглядає сліпу лють як типову для емоцій у цілому. Ця ідея бачення пристрасті корениться в концепції пристрасті як упередженості. Пристрасті «надмірно ясні, але не відмінні, вони здатні збільшувати в розмірі їх об'єкт, але не фокусуватися на його особливостях»³. Розум обмежує, розрізняє і шукає конкретні причини, в той час як пристрасть, як видається, працює як синекдоха з логікою за типом частина-ціле. Характерною рисою несправедливості є нездатність бачити і бажати правильних пропорцій, отже, вирізняти різні частини⁴. Не дивно тоді, що справедливість повинна триматися окремо від пристрастей, у яких є здатність спотворювати.

Існують різні способи викривлення, якими можуть користуватися емоції:

(i) Вони можуть викривляти, відволікаючи увагу подібно до свербіжу, який відволікає від роботи. У такому випадку емоцію можна розуміти як відволікання від формальної дедукції, вона прирівнюється до почуття, фізичної модифікації, які відволікають більш високі пізнавальні здібності.

(ii) Емоція може викривляти, перешкоджаючи неупередженості та відкритості, яка означає розгляд усіх аспектів проблеми; вона подібна упередженій думці, яка базується на традиції чи помилкових переконаннях. Тут емоція може розумітися як ухил, потайки уведений до обмірковування; вона прирівнюється до несвідомого імпульсу, непереборного примусу, не взятих до уваги асоціацій, необгрунтованого припущення, яке ми повністю не усвідомлюємо і ставлення до якого залишається неважливим і нездатним до зміни.

(iii) Вона може викривити, оскільки викликає однобічність, пристрастність до однієї із сторін. Тут емоція розуміється як особиста перевага, прирівнюється до смаку, бажання, переконання.

Ці три різних способи, за допомогою яких емоції викривляють розум, простежуються у перших трьох наших портретах осіб, що приймають правові рішення: безпристрасний законодавець *Жан-Жак* відповідає першій ідеї емоцій

(i). Його емоції відволікають від формальних висновків. Говорячи філософськими термінами, він приймає концепцію емоцій, які є наслідком тілесних змін. Ця теорія бере свій початок у роботі Вільяма Джеймса, який стверджував, що емоції — це тілесні почуття або сприйняття тілесних почуттів⁵. Емоції є афективни-

¹ «Ліада» Гомера починається з окремого слова про гнів, або лють (*mênis*); Аристотель у «Нікомаховій етиці» вважає «рабством» не відповідати злом на зло (див.: *D. Konstan, The Emotions of the Ancient Greeks*, Toronto University Press 2006, esp. pp. 48–56; *S. Braund & G. Most, Ancient Anger: Perspectives from Homer to Galen*, CUP, Cambridge 2003; *R. A. Kaster, Emotion, Restraint and Community in Ancient Rome*, OUP, Oxford 2005; *W. V. Harris, Restraining Rage: The Ideology of Anger Control in Classical Antiquity*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 2001; *S. Knuutila, Emotions in Ancient and Medieval Philosophy*, OUP, Oxford 2004).

² *R. Bodei, Geometria delle passioni*, cit., p. 38. See also A.J. Greimas, *De la colère. Étude de sémantique lexicale*, in *Du Sens*, II, *Essais sémiotiques*, Paris 1983, pp. 225–246; trad. it. Della Collera. *Studio di semantica lessicale*, in *Del Senso*, II, *Narrativa, modalità, passioni*, Milano 1985, p. 217–238. 98 *R. Bodei, Geometria delle passioni*, cit., p. 37.

³ *R. Bodei, Geometria delle passioni*, cit., p. 37.

⁴ Відсутність пропорцій як одна з форм упередження є ключовим поняттям несправедливості у «Нікомаховій етиці» Аристотеля, книга 5, *pleonexia*.

⁵ *William James, What is an Emotion?* [1884] in *The Principles of Psychology*, Dover, New York 1950, vol. 2, p. 449: «Моя теорія <...> полягає в тому, що фізичні зміни йдуть безпосередньо за сприйнят-

ми станами відповідно до тілесних змін. Джеймс прийняв емпіристичний аспект емоцій як почуттів, але скасував порядок подій у поясненні епізоду почуття: «Згідно із здоровим глуздом людина сприймає нападаючого ведмеда, наприклад, і відчуває страх, блідніє, і біжить, у той час як, на думку Джеймса, сприйняття ведмеда змушує людину бліднути і бігти, почуттям цих рухів тіла є страх»¹. З цієї точки зору різні рухи тіла призводять до різних емоцій. Істота з іншим тілом буде робити емоційні спроби в іншій манері. Для Джеймса емоції є епіфеноменальними. Вони є результатом тілесних змін, але вони самі по собі не викликають яких-небудь дій.

Цей випадок підходить і для *Жан-Жака*. Так само, як емоції для Джеймса, так і пристрасті для *Жан-Жака*, мають значення в поясненні «пружини (спонукання) до дій». Емоції не мають мотиваційної сили. Вони не викликають яких-небудь дій. Це пояснюється тим, що особі, яка приймає рішення, не потрібно бути у тілі суб'єктів, на яких поширюється прийняте нею рішення. Вона повинна зрозуміти їх, але вона може отримати цю інформацію, знаючи про їх тілесні зміни та емоційні реакції (емпатії в епістемічному сенсі); їй не потрібно розділяти ці емоції (емпатії в моральному сенсі, або емоції співчуття).

У даному випадку виникає проблема жертвування мотиваційною силою емоцій, які, як правило, мають важливе значення при поясненні людських дій, але оскільки *Жан-Жак* не повинен мати людського тіла, ми оминемо це питання. Ще одна проблема у тому, що не може бути ніяких емоцій, яких би ми не усвідомлювали. Якщо емоції є почуттями, то ми обов'язково усвідомлюємо їх; вони повинні бути прозорими для нас. Насправді, в той час як, можливо, ми могли б несвідомо емотувати певні пристрасті — несвідома любов, страх, заздрість і т. д. — немає сенсу говорити про несвідомі почуття. Почуття виражають власні стани, але вони не спрямовані на будь-який інший об'єкт. Оскільки це режим свідомості, неможливо бути несвідомими: немає невідчутних почуттів². Це підводить нас до *пана Штейгера*.

Наш залежний у своєму настрої від сніданку суддя відповідає другій ідеї емоцій (ii). Для нього емоції — це упередження, яке проникає у дорадчу практику. Він забуває про те, як його сніданок впливає на сторони у справі. Оперуючи філософськими термінами, слід сказати, що він сприймає концепцію емоцій, розроблену Зигмундом Фрейдом: емоції можуть бути безсвідомим імпульсом, непереборним примушуванням чи поштовхом³. Ця Фрейдова позиція найбільш яскраво виявляється у Джерома Френка⁴. Фрейд сприймає

тям існуючого факту, і наші почуття також змінюються, оскільки вони відбуваються в емоції» J. Deigh, «Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», cit., p. 20.

¹ J. Deigh, «Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», cit., p. 20.

² Розмірність почуттів є простим режимом свідомості; на відміну від більш високих рівнів усвідомлення, таких як ті, що перебувають у сприйнятті, пам'яті, мисленні, почуття не мають значущого пізнавального змісту: ми можемо мати причини для переживання емоцій, але не почуттів. Немає сенсу питати людей про їх причини відчувати зубний біль.

³ Sigmund Freud, The Ego and The Id [1923] and The Economic Problem of Masochism [1924] in Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud, ed. & trans. J. Strachey, Hogarth Press, London 1981, both in vol. 19.

⁴ Дж. Френк пов'язав між собою підсвідомі імпульси, емоції та прийняття юридичних рішень. Він вирізняв вид емоційної незрілості, який міг би викривити особистість судді, і попереджав, що судді, які найбільше наполягають на своїй «механічній логіці», найчастіше «бувають збиті з пантелику впливом їх емоційної природи». Натомість Френк закликав, що судді повинні позбутись

емоції як стани свідомості, які ми сприймаємо через почуття, що їх виражають. Емоції не є почуттями, вони лише висловлюють почуття. Він намагався пояснити почуття, які не мають ніякої очевидної органічної причини, і знайшов пояснення в теорії пригнічених емоцій, згідно з якою ми не усвідомлюємо емоцію, яка виявляє себе через почуття, що видається недоцільним у світлі її об'єкта. Емоції розуміються як інтенціональні стани свідомості, а не епіфеномен. Вони викликають дії і підтримують мотиваційну силу, навіть якщо ми про них не знаємо. Це «непомітні емоції»¹, які мають найбільший вплив на нашу волю, тому що вони є тим, про що ми не знаємо — подібно упередженості, яка охоплює *пана Штейгера*.

Самовідданий *Геркулес* відповідає третій ідеї емоцій (iii). Емоції для нього є невимовним, неосяжним розумом, вищим суб'єктивним досвідом, особистим уподобанням, пристрастю або смаком. Подібно до поглядів романтиків, смакова теорія емоцій будується на ірраціоналістичному аспекті, де емоції докорінно розходяться з розумом. Подібно до романтиків, прихильники смакової теорії емоцій вважають, що секрети настроїв краще розкриваються через поезію, а не науку. Сила цієї позиції у тому, що вона надає значення культурній та індивідуальній мінливості в емоційній атмосфері, проти чого іноді виступають когнітивістська і об'єктивістська теорії. Крім того, ця ідея емоцій пояснює, чому почуття змушують людей змінювати свою думку без аргументів. Але при більш пильному погляді це досить дрібні поняття.

Одна із найсерйозніших проблем полягає в тому, що емоції за своєю суттю є соціальними явищами: і хоча уподобання розрізняються залежно від людини, проте фундаментальні причини, що стоять за ними, ті, що викликають радість чи сум, можуть бути спільними для всіх нас. Тут йдеться про вивчення досвіду інших людей. Еволюційна психологія і антропологія давно намагаються довести, що основні емоції являють собою універсальну мову, яка існує серед людей і яку розділяють нелюдські істоти². Основні емоції виникають швидко і тривають кілька секунд або кілька хвилин. Спільними прикладами є радість, страждання, гнів, страх, здивування, відраза. Вираження цих основних емоцій не буде відрізнятися у межах різних культур, а буде схожим на дихання. Звичайно, той факт, що людські істоти розділяють між собою ті самі базові емоції, не скасовує того факту, що у межах різних культур є люди з різними емоційними настановами. Кожна культура має власні правила, які є соціально прийнятними формами вираження емоцій³. Але це тільки підкреслює вже зазначене вище: припу-

«дитячих емоційних потягів» для того, щоб втілити в законі «сучасний розум» (див.: *Jerome Frank, Law and the Modern Mind*, Bretano, New York 1930, p. 268).

¹ Це термін Д. Юма. Ідея З. Фрейда про несвідомі емоції виникає з доктрини Д. Юма про «спокійні пристрасті», згідно з якою не інтенсивність емоцій впливає на нашу волю, а їх перетворення на «встановлений принцип дії» або «переважаючу схильність душі» (див.: *David Hume, A Treatise of Human Nature*, ed. L. A. Selby-Bigge, Clarendon, Oxford 1978, p. 418).

² Американський антрополог Пол Екман вперше показав у 60-х роках, що культурна теорія емоцій є помилковою. Таким чином, сьогодні одночасно із тим, що немає згоди в питанні про те, скільки є основних емоцій, багато хто вважає, що основні емоції є універсально вродженими (див.: *P. Ekman, R. Davidson, The Nature of Emotion: Fundamental Questions*, Oxford University Press, Oxford 1994).

³ Можна розглянути, наприклад, емоцію «дикої свині», яка засмутить людей Гурурумба в Новій Гвінеї (див.: *Dylan Evans, Emotion*, cit., p. 13). Патрісія Грінспен показала, що навіть базові емоції мають певний ступінь пластичності, що дає можливість здійснювати на них культурний вплив, формувати наші реакції з раннього віку (див.: *P. Greenspan, Emotions and Reasons: An Inquiry*

щення, що емоції є просто індивідуальною схильністю, далеке від істини. Крім того, ідея *Геракла* про те, що емоції являють собою надбудову, якої людина може позбутись за бажанням, виглядає проблематично. Багато хто вважає, що емоції утворюють загальний стан психічної системи, яку ми не можемо змінити за власним бажанням.

Крім того, враховуючи сьогодишню велику кількість процесів прийняття рішень, які провадяться групами людей, а не тільки законодавцями, соціальний вимір, швидше за все, зберігатиме свою актуальність. Не можна зводити емоції до окремих індивідуальних особливостей, оскільки ми маємо розуміти соціальний, суспільний і колективний вимір емоційних особливостей: це ключ до розуміння впливу емоцій на соціальні установки і зворотного впливу інституційних механізмів на емоційні прояви¹.

Незалежно від того, чи розглядаються емоції як тілесні почуття, несвідомий поштовх або суб'єктивна схильність, факт залишається фактом: *Жан-Жак, пан Штейгер і Геракл* у цілому дотримуються ірраціоналістичного підходу. Залишається питання щодо *Соломона*: яка ідея емоцій відповідає четвертому типу судді? Чутливий до справедливості суддя має зовсім інше розуміння емоцій.

3.2. Благодать почуттів

Інше розуміння емоцій обертається навколо безлічі припущень, які уникають перетворення розуму на протилежність емоціям у межах жорсткої дихотомії; замість цього умови людської свідомості представлені в такий спосіб, щоб показати емоції як форму пізнання, інструмент освоєння інформації, спосіб отримання висновку. Це розуміння тримається на когнітивістському підході. Він є більш тонким, але не менш проблематичним.

З точки зору когнітивістського світогляду полюси розуму і почуттів утворюють структуру, континуум, в якому емоції повинні бути проаналізовані й уведені в контекст, і не можуть бути відкинуті геть як прості ірраціональні пориви. Багато що можна отримати від психологічної етіології наших моральних почуттів. Ця позиція кидає виклик панівному припущенню про те, що пристрасті не відіграють сприяючої ролі в обговоренні. Це акцентує увагу на ролі риторики і переконання, які (всупереч першому погляду) є не тільки інструментами «зловіщого інтересу», але потенційно інформативними методами². Часто звертається увага на партикуляризм або контекстуалізм у процесі прийняття рішень, а також на менш загальні принципи і безкомпромісні правила, ніж ті, що зазначені у межах першого підходу.

into Emotional Justification, Routledge, New York 1988; Id., «Moral Responses and Moral Theory: socially based externalist Ethics» in *Journal of Ethics*, 1998, 2, pp. 103–22; Id., «Learning Emotions and Ethics» in Peter Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, OUP, Oxford 2010, pp. 539–559).

¹ Див. *Christian von Scheve, Mikko Salmela* (eds.) *Collective Emotions*, OUP, Oxford 2014.

² Мова є однією з наших провідних емоційних технологій. Мало хто з учених сприймає цю перспективу серйозно, досліджуючи «емоційні» аргументативні здатності, такі як *ad hominem* (стосовно людини), *ad baculum* (щодо працівників), *ad misericordiam* (щодо милосердя), *ad populum* (стосовно народу), які можуть бути слабкими аргументами, але не хибними (див.: *Douglas Walton*, *The Place of Emotion in Argument*, Penn State Univ. Press, University Park Pa. 1992; Id., *Fabrizio Macagno, Emotive Language in Argumentation*, CUP, Cambridge 2014. P. 110).

Ще один важливий аспект когнітивістської теорії емоцій полягає в тому, що вони безпосередньо пов'язані з практичним розумом. Емоції, як і інші когнітивні стани, належать до сфери інтелектуальних думок та дій. Емоції несуть у собі інформацію про об'єкти, на які вони спрямовані. Розглянемо свідому людину, яка діяла неправильно: почуття провини несе інформативний контент про дії людини. Емоції знаходяться на одному рівні з віруваннями, судженнями, рішеннями і висновками. Вони повинні мати зміст висловлювань, і можуть бути обґрунтовані або необґрунтовані, виправдані або не виправдані з точки зору оцінних суджень, в яких містяться емоції, «пасуючи» у цілому або частково¹.

Крім того, когнітивістський підхід розглядає емоції, які включені до процесу практичного міркування, піднімаючись до рівня емоцій, відомих як вищі когнітивні емоції² — кохання, провина, сором, збентеження, заздрість, гордість — які за своєю природою є соціальними, чого не можна сказати про базові емоції. Вони є більш стійкими і культурно більш різноманітними, аніж емоції з протилежного боку спектра емоційного складності, де ми знаходимо емоції, що більш тісно пов'язані з відчуттями, такими як жах і огида.

Право часто має справу з більш високими когнітивними емоціями: емоції у праві мають більш «високе положення» — як у тому сенсі, що вони є специфічними для почуття справедливості, так і в тому, що більшість емоцій, обговорюваних юристами, вказують на розумово (причинно)-почуттєве ставлення (на відміну від, скажімо, переляку чи фобії).

Когнітивістський підхід базується на розумінні емоцій як вищих когнітивних емоцій, оскільки стоїть на інтенціоналістській позиції: емоції, наприклад совість, обов'язково стосуються чогось. Ця особливість відрізняє почуття від відчуттів, емоції від тілесних почуттів³. «Почуття, які виражають емоції, мають значення для відмежування від відчуттів, які просто фіксують певні фізіологічні зміни. Останні, будучи симптомами тілесних змін, нічого не стосуються»⁴. Просте відчуття (наприклад, задишка) позбавлене «наміровості», якщо не пов'язане з емоціями (наприклад, страхом). Емоції обов'язково стосуються чогось, і це щось становить оціночне судження.

¹ «Пасування», або адекватність оціночного судження, часто використовується для відмежування однієї емоції від іншої: «Наміровість» тут є ключем до розуміння різних форм емоцій. Коли ви відчуваєте презирство, ви вважаєте об'єкта презирства негідним вас через його поведінку; коли ви відчуваєте гнів, ви відчуваєте, що ображені ви або ваші інтереси поведінкою об'єкта гніву. Зовнішня спрямованість намірів емоцій дозволяє проводити відмінність між презирством і гнівом.

² Див.: *Paul Griffiths, What Emotions Really Are: The Problem of Psychological Categories, University of Chicago Press, Chicago 1997.* Вищі когнітивні емоції, такі як любов і ненависть, відрізняються від основних емоцій, таких як страх і огида, у багатьох відношеннях. Вони не є автоматичними і швидкими, як основні емоції; і вони повсюдно не асоціюються з одним виразом обличчя. Вищі когнітивні емоції включають в себе набагато більше, ніж коркову обробку базових емоцій. У той час як основні емоції значною мірою обробляються в підкоркових структурах, які знаходяться під поверхнею мозку, опосередкованих набором нейронних структур, відомих як лімбічна система, вищі когнітивні емоції пов'язані з ділянками кори головного мозку, і окремі вчені вважають, що вони, таким чином, більш здатні перебувати під впливом свідомості.

³ *Jesse J. Prinz, «Constructive Sentimentalism: Legal and Political Implications» in J.E. Fleming (ed.) Passions and Emotions, cit., p. 7.*

⁴ *J. Deigh, «Concept of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», cit., p. 26.*

Другий підхід сягає своїм корінням стародавньої філософії, а точніше, стоїків¹. Але він був свідком і нещодавнього підйому (нео)сентименталізму². З точки зору цього підходу емоція, як правило, розуміється як «дієспрямований когнітивний стан організму»³. Привабливість цієї теорії – в ідеї про те, що емоції є когнітивними станами зі спрямованими до зовнішнього світу намірами⁴. Сьогодні це розуміння переважає серед філософів, які вивчають емоції⁵. Багато когнітивістів думають, що емоції можуть виконувати пізнавальну функцію і допомогти нам аналізувати існуючі підстави⁶. Сприяння мудрості не вичерпується раціональним керівництвом ізольованих дій у певний момент, але виявляє себе у подальшому розвитку й поліпшенні причин дій протягом довгого часу. Розуміння емоцій як когнітивно цінних для поліпшення нашої казуїстичної «бази даних» добре вписується в ідею *Соломона* про те, що тонка надбудова емоційного інтелекту є корисною для судді, для того щоб стати більш досвідченим.

Навіть якщо цей підхід видається більш складним, ніж перший, когнітивістський підхід є більш уразливим із боку окремих важливих заперечень. Якщо когнітивістська теорія емоцій є правильною, і емоції мають зміст висловлювань окрім «наміровості», стани розуму, які містяться в емоціях, повинні мати істотний пізнавальний елемент. Це вимагає від суб'єкта переживання емоцій бути здатним сприйняти і підтверджувати положення та/або поняття. Для цього потрібна мова. Часто йдеться про те, що право передбачає, що ми лінгвістично компетентні, адаптовані дорослі з нормальною поведінкою. Ця обставина виключає з кола мислячих суб'єктів немовлят і тварин, які, відповідно до підходу когнітивістів, не можуть відчувати емоцій. Однак ми спостерігаємо емоційні реакції навіть у істот, які практично не мають жодних творчих або інтелектуальних здібностей.

¹ Стоїки стверджують, що емоції збігаються з оціночними судженнями. Було б несправедливо приписувати Платону або Арістотелю будь-яке зведення емоцій до простих почуттів, які супроводжують тілесні стани, або до чистого психічного пізнання; вони вважають, що в емоціях беруть участь душа і тіло (див.: *A. W. Price, Emotions in Plato and Aristotle* in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 121–142). Когнітивістський підхід більш міцно вкоренився в стоїцизмі (певною мірою в епікурействі), де емоція має пізнавальний характер (див.: *Christopher Gill, Stoicism and Epicureanism*, in P. Goldie (ed.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, cit., pp. 143–165).

² *A. Gibbard, Wise Choices, Apt Feelings*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990 створив термін «неосентименталіст» (див. також: *Justin D'Arms, Daniel Jacobson, «Sentiment and Value»*, *Ethics*, 2000, 110, pp. 722–748). Неосентименталізм зазвичай розглядається як теорія про роль емоцій у нормативному прийнятті рішень. Моральні судження є судженнями, які стосуються відповіді на питання, чи задоволені емоційні реакції, чи є почуття відповідними.

³ *Jesse J. Prinz, Gut Reactions: A Perceptual Theory of Emotion*, OUP, Oxford 2004, p. 11.

⁴ Проблема теорій, які розглядають емоції як свідомі стани наміру, полягає в тому, що вони не зовсім добре пояснюють випадки, в яких відчуття емоцій стосовно чогось супроводжується емоціями, яким не вистачає властивостей, щоб бути обгрунтованими (скажімо, люди відчувають страх, стоячи біля урвища, хоча вони можуть бути в абсолютній безпеці).

⁵ Наприклад, *Robert Solomon, The Passions*, Doubleday, New York 1976; *Martha Nussbaum, Upheavals of Thought: The Intelligence of the Emotions*, CUP, Cambridge 2001; Id., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law*, Princeton University Press, Princeton NJ 2004.

⁶ *Sabine Döring, Gründe und Gefühle. Zur Lösung «des» Problems der Moral*, de Gruyter, Berlin 2008; *Rainer Reisenzein, Sabine Döring, «Ten Perspectives on Emotional Experience: Introduction to the Special Issue»*, *Emotion Review*, 2009, I, pp. 195–205.

У межах цього другого широкого розуміння емоцій важливе значення має практична аргументація, яка не може і не повинна бути відділена від емоцій; вона займає місце емотивного розуму, який *Соломон* демонструє при прийнятті рішень, які втілюють те, що можна назвати благодаттю почуттів.

Висновки

Ця стаття пропонує опис основних підходів до розуміння емоцій у праві. Здійснено спробу пролити світло на окремі несформовані припущення щодо емоцій у межах традиційної юриспруденції. Продемонстровано чотири режими емоцій: два описових і два нормативних. Кожна позиція, хоча і неявно, пропонує різні погляди на емоції. Ці чотири види можуть бути співвіднесені із двома основними теоріями емоцій: ірраціоналістичною та когнітивістською. У межах цих двох широких підходів до емоцій було виділено більш конкретні поняття емоцій, пов'язані із почуттями, інтенціональними станами, когнітивним змістом. Таким чином, ми змогли оцінити концепцію емоцій, прихильники якої стверджують, що:

(1) Правосуддя є байдужим до пристрастей: правосуддя є пов'язаним із формальною раціональністю, у той час як емоції — із почуттями та відчуттями.

(2) Правосуддя не байдуже до пристрастей: критики виступають проти того, що право страждає від невизначеності і суддів, настрій яких залежить від їх сніданку, що виявляється в несвідомих емоціях.

(3) Правосуддя має бути байдужим до пристрастей: правосуддя дає життя верховенству права, в той час як пристрасті провокують упередженість, тому що емоції є суб'єктивними уподобаннями.

(4) Правосуддя не повинно бути байдужим до пристрастей: критики виступають проти того, що правосуддя вимагає практичного розуму, де емоції схожі на навички.

Незалежно від того, яку ви відстоюєте позицію — (1)–(4), ви, ймовірно, дотримуетесь певного поняття емоцій, що вимагає їх основного визначення та матиме користь у подальшій філософській дискусії. Слід провести ще багато роботи для пояснення взаємодії між емоціями і інституційним механізмом: як емоції підтримують і впливають на соціальні структури і яким чином ці механізми формування емоцій можуть зацікавити правознавців. Ефективність права значною мірою залежить від інтеріоризації норм. Для вирішення цих складних проблем правознавці сьогодні мають краще розуміти роль емоцій у праві.

Міндус П. Гнів розуму і благодать почуттів: обґрунтовуючи емоції у праві

Анотація. Чому від правосуддя вимагається бути байдужим до пристрастей?

Традиційна модель юриспруденції пропонує відповіді у двох напрямках: (1) стосовно правосуддя мова йде про формальну раціональність, і здійснення правосуддя є, по суті, процесом аргументування, у той час як емоції є ірраціональними почуттями; таким чином, правосуддя є сліпим до пристрастей; (2) правосуддя має бути передбачуваним, щоби відповідати верховенству права, і судді повинні прагнути до неупередженості, у той час як пристрасті затьмарюють судові рішення та сприяють упередженості й неабсолютності; отже, правосуддя *повинно* бути байдужим до пристрастей, щоб не перетворити правосуддя на свою протилежність. Прогресивна сучасна юриспруденція також передбачає два основних напрями критики зазначених вимог: (3) заперечення того (1), що право страждає від невизначеності, а судді — від упереджень; (4) заперечення того (2), що безсторонність

вимагає практичного розуму, а не співчуттів, щоби пом'якшувати суворий закон. Ці позиції ґрунтуються на конкретних, але часто необґрунтованих оцінках емоцій. У той час як (1), (2) і (3) ґрунтуються на ірраціоналістичному підході до емоцій, (4) впливає з когнітивістського підходу до них. Обидва вказані підходи є проблематичними. Ця стаття намагається пролити світло на глибинні значення емоцій і висвітлює деякі їх проблемні аспекти. Незалежно від того, чи ви захищаєте (1)–(4), правознавцям сьогодні потрібно глибше зрозуміти значення емоцій у праві.

Ключові слова: емоції, розум, право, правосуддя, суддя, пристрасті, когнітивістський підхід, ірраціоналістичний підхід.

Миндус П. Гнев разума и благодать чувств: обосновывая эмоции в праве

Аннотация. Почему от правосудия требуется быть равнодушным к страстям? Традиционная модель юриспруденции предлагает ответы в двух направлениях: (1) в рамках правосудия речь идет о формальной рациональности, и осуществление правосудия является, по сути, процессом аргументации, в то время как эмоции являются иррациональными чувствами; таким образом, правосудие является слепым к страстям; (2) правосудие должно быть предсказуемым, чтобы соответствовать верховенству права, и судьи должны стремиться к беспристрастности, в то время как страсти затмевают судебное решение и способствуют пристрастности и предвзятости; следовательно, правосудие *должно* быть равнодушным к страстям, чтобы не превратиться в свою противоположность. Прогрессивная современная юриспруденция также предусматривает два основных направления критики указанных требований: (3) отрицание того (1), что право страдает от неопределенности, а судьи — от предубеждений; (4) отрицание того (2), что беспристрастность требует практического разума, а не сочувствия, чтобы смягчать строгий закон. Эти позиции основываются на конкретных, но часто необоснованных оценках эмоций. В то время как (1), (2) и (3) основываются на иррационалистическом подходе к эмоциям, (4) вытекает из когнитивистского подхода к ним. Оба указанные подходы являются проблематичными. Эта статья пытается пролить свет на глубинное значение эмоций и освещает некоторые их проблемные аспекты. Независимо от того, защищаете ли вы (1)–(4), правоведам сегодня нужно глубже понять значение эмоций в праве.

Ключевые слова: эмоции, разум, право, правосудие, судья, страсти, когнитивистский подход, иррационалистический подход.

Mindus P. The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotions in Law

Summary. Why is Justice required to be blind to passions? The standard model of jurisprudence offers two lines of answers: (1) it is discussed about formal rationality within the justice and judging is essentially reason-giving, while emotions are irrational feelings, so justice is blind to passions; (2) Justice ought to be predictable to live up to the rule of law and judges should strive towards impartiality, while passions obscure judgment and instigate prejudice and partiality, so *justice* should be blind to passions, lest it decays into its very opposite. The mainstream jurisprudence also incorporates two major lines of criticism against these claims: (3) Detractors argue against (1) that law suffers from indeterminacy and judges from prejudices; (4) detractors argue against (2) that equity requires practical reasoning when not empathy, mitigating strict law. These opinions are all grounded on specific, but often uncritically assumed, accounts of emotion. While (1), (2) and (3) are rooted in an irrationalist approach to emotion; (4) stems from a cognitivist approach to emotion. Both of these approaches are problematic. This paper attempts to shed light on the underlying value of emotions and highlights some of their problematic aspects. No matter if you defend (1)–(4), today lawyers need to understand in detail significance of emotions in law.

Key words: emotion, reason, law, justice, judge, passion, cognitivist approach, irrationalist approach.

НАЛЕЖНА ПОВАГА: ЧЕСТЬ У ЖИТТІ ПРАВА¹



К. Е. АППІА
професор філософії і права
(Університет Нью-Йорка, США)

Попередні зауваги²

Ми зібралися тут, у місті управлінців, законодавців та суддів, задля того, щоб разом поміркувати, зокрема про право та емоції. Звичайно, я можу назвати декілька проблем правового регулювання, що є більш істотними, аніж ті, що їх поставлено честю та пов'язаними з нею почуттями. Та ми зібралися тут для того, щоб поміркувати про право та почуття на додаток до розуму. І як ви згодом побачите, я буду доводити, що розум теж має певні межі у справах честі. Тож я говоритиму про честь, про роль честі як загрози праву, моралі та розуму, і таким чином, про роль та межі права. Але я також маю намір розглянути деякі способи, у які честь та пов'язані з нею почуття можуть бути поставлені на службу праву. Отже, я думаю, що доцільно розпочати там, де моральне життя зустрічає нас, живе та бурхливе. Тому спершу я хочу трохи розповісти про молоду жінку на ім'я Мухтаран Бібі (*Mukhtaran Bibi*).

Мухтаран починала як бідна неосвічена жінка з маленького селища на півдні провінції Пенджаб, що в Пакистані. У 2002 р., коли їй 12-річного брата звинуватили в тому, що він «збещестив» жінку впливового місцевого племені Мастої (очевидно, він наважився заговорити до неї у пшеничному полі), представники цього племені побили, згвалтували його та тримали у полоні. Коли жінка та її сім'я запротестували, озброєна делегація викликала її на селищне зібрання зі словами: «Мухтаран, приготуйся та йди за нами». Тоді чотири чоловіки з її селища завели Мухтаран у порожню стайню і гвалтували протягом чотирьох годин. Це було здійсненням того, що, на їхню думку, зветься «правосуддям честі». Зухвалість злочину мастоїв говорила про їхню переконаність у тому, що все заподіяне зійде їм з рук. Вони знали, вони розраховували на те, що жінка у такій

¹ Kwame Anthony Appiah (Квами Ентоні Аппіа). *A Decent Respect: Honor in the Life of the Law*. Пленарна доповідь на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції» (27 липня — 1 серпня 2015 р., Вашингтон, округ Колумбія, США). Переклад з англійської Ю. Хижняк і К. Горобця.

² Історичні обговорення тут ґрунтуються на дослідженні для моєї книги «Кодекс честі: як відбуваються моральні революції» [1].

ситуації не має жодного іншого виходу, окрім як вчинити самогубство. У таких селищах жінки у прямому сенсі слова «вмирають від сорому». В цьому полягала, значною мірою, суть акту мастоїв. Як вони вважали, вони забрали її честь — заплямували її та в такий спосіб зганьбили її родину. Честь твоєї сестри за честь моєї. Це була демонстрація чистої каральної влади. Вона знала, що згвалтування — це зброя, що збезчестить її сім'ю назавжди. Мухтаран вирішила ковтнути кислоту та померти.

Згодом я розповім більше про звичай вбивства в ім'я честі, та коли ми говоримо про цей звичай, вкрай важливо розуміти, що самогубства — це тільки одна частина жадливої жертви, якої вимагає честь. Це форма сексуального тероризму, яка шкодить усім жінкам у регіонах, де визнається цей звичай. І страждання цієї жінки були частиною саме цієї системи честі. Мухтаран не треба було вбивати, достатньо було збезчестити її так, щоб вона сама позбавила себе життя¹.

Якщо ми плануємо серйозно розмірковувати про честь, то маємо почати з того, що честь відповідальна багато за що. Це є безумовною правдою в таких місцях, як Пакистан, звідки родом Мухтаран Бібі, де, якщо судити навіть з офіційної статистики, приблизно тисяча жінок щороку стають жертвами «вбивств честі». Це жінки, яких убивають члени їх власної родини або клану. Їх можуть підозрювати у дошлюбних стосунках або вони стають «заплямованими» в результаті згвалтування, чи відмовляються від вже влаштованого весілля.

Цей звичай зберігається й у мігрантів, які живуть в Північній Америці та Європі, суспільствах із зовсім іншими уявленнями щодо того, як повинна поводитися молода жінка і як до неї мають ставитися. У 2009 р. у Гамбурзі Ахмада-Собаїра О було засуджено до довічного ув'язнення за вбивство честі своєї 16-річної сестри, яку він вдарив ножом 23 рази. На суді він зазначив, що якби справа слухалася в Кабулі, то його б уже звільнили [4].

Вбивства в ім'я честі — це практика, поширена не тільки серед неписьменних селян. У Пакистані — країні, яка, можливо, є більш відповідальною за такі вбивства, ніж будь-яка інша країна, відомі громадяни, члени освіченої еліти не просто підтримують таку практику, а й беруть у ній участь. Одна жертва була студенткою юридичного факультету, батько якої був високопоставленим бізнесменом у місті Пешавар, а мати — лікарем. У першому десятилітті XXI ст. її вбивство гаряче підтримувалося в залі пакистанського Сенату² [1, р. 147 і далі].

Декілька років по тому 23-річна жінка, яка вивчала інформатику в університеті міста Мултан пакистанської провінції Пенджаб, — дитина із землевласницької родини інженерів, юристів та державних службовців — закохалася в однокурсника. Оскільки сім'я пообіцяла її іншому чоловіку, батько задушив дівчину її власним шарфом. То був болючий крок, адже вона була його улюбленою дочкою. Але який вибір він мав? «Послухайте, сер, — сказав він поліції, — якщо в мене немає честі, в мене немає нічого» [5].

¹ Моя розповідь про випадок з Мухтаран Бібі здебільшого заснована на її власній автобіографії, опублікованій під іменем, за яким вона зараз відома, Мухтар Май, під назвою «В ім'я честі: мемуари» [2]. Це «записані зі слів» спогади, в оригіналі написані французькою мовою Марією-Терезою Кюні, яка користувалася послугами двох перекладачів з сарайкі, мови селища Мірвала. Ніколас Крістоф та Шеріл Вудунн наводять захопливу розповідь про історію Мухтар Май у книзі «Половина неба: перетворюючи гноблення у можливість для жінок по всьому світу» [3]. Розповіді про події 22 червня 2002 р., доступні з багатьох джерел у газетах та в Інтернеті, розходяться в деталях. Та основні факти не є предметом серйозних суперечок.

² Сенат — верхня палата парламенту Пакистану. — *Прим. перекладача.*

Люди, для яких є прийнятними такі звичаї, здається, живуть у світі моралі, що є далеким від нашого. Ми запитуємо себе: що потрібно для того, щоб змусити їх зрозуміти, визнати, що ці практики є жорстокими, несправедливими, несумісними з людською гідністю. Утім розглянуті випадки не є зразками неправомірної поведінки аберантного¹ індивіда, це захід, якого вимагає суспільство. Як можуть порядні, при доброму розумі, люди вважати цей звичай морально прийнятним, ба навіть гірше — зобов'язуючим?

Але ми також знаємо, що наші пращури вважали звичайною річчю деякі жахливі практики. Візьмемо іншу традицію, пов'язану із честю, що її так довго зберігали в Європі та Північній Америці, — дуелі. Як міг джентльмен, якому завдано образу, вірити, що битва на смерть була просто способом владнати ситуацію? Безсумнівно, образи є аморальними. Та чи повинні вони бути злочином, за який передбачена смертна кара? Подібне питання викликає й нестерпно болюча та виснажлива практика бинтування ніг в імператорському Китаї. Про що вони думали? Я збираюся переконати вас у тому, що честь входить у свої права, коли ми питаємо не про те, як ці інститути встановлюються, а про те, як від них відмовляються.

Як виявляється, честь це врятувало. Такі інститути могли бути морально обурливими, але звернення до основних принципів, якими б вони не були безспірними та стійкими, все одно не зруйнувало їх. Не зробило цього й прийняте законодавство. Та вони не витримали, коли честь, що довго була їхньою опорою, повернулася проти них. Соціальна реформа прийшла не через оспорювання честі та її законів, а через їх переорієнтацію — через добровільне їх залучення. І правда в тому, що честь винятково підходить для переведення особистих моральних почуттів у публічні норми.

Було б втішно — особливо для таких філософів, як ми, — думати, що закликів до моралі та розуму вистачить для того, щоб викоринити відсталі звичаї. Моральний прогрес виглядатиме як науковий прогрес, що крокує поступово, в цілому, в одному напрямі. Та, правду кажучи, ви можете переконатися в тому, що основні аргументи проти таких звичаїв були переконливо висловлені ще з самого початку. Дуелі (все ж крок уперед порівняно з клановими спадковими ворожнечами, наприклад) довго визнавалися жорстоким марнуванням людського життя. Вони були глибоко ірраціональними: результати були дивними, не мали жодного стосунку до вини. Це все одно, якби грабіжник та людина, яку він пограбував, мали б підкидати монетку, щоб вирішити, хто з них має бути покараний. Це узурповувало владу держави у здійсненні правосуддя. В Англії це вважалося незаконним принаймні з часів Якова I, чий генеральний атторней, Френсіс Бекон, опублікував у 1614 р. «Виступ проти дуелей» (*Charge Touching Duells*), в якому записано навіки його аргументацію у справі, порушеній перед Зоряною палатою проти двох чоловіків, які планували дуель. Згідно із законом дуель прирівнювалася до вбивства. Така поведінка не личила християнину й неодноразово засуджувалася релігійною владою принаймні з дев'ятого століття. Вольтер підсумував ситуацію з характерною точністю: «дуелі, — сказав він, — були заборонені розумом, релігією і всіма законами».

Те саме стосується і бинтування ніг. Аргументи проти нього були відомі, а висунуто їх було майже у той же час, коли практика почалася. Визнавалося,

¹ Аберантний — такий, що має відхилення від норми. — Прим. перекладача.

що це жорстоко. Під час правління династії Сун (яке закінчилося у 1279 р.) один автор сказав: «Дітей, яким ще не виповнилося чотирьох або п'яти років, безневинних, які не вчинили жодного злочину, змушують зазнавати безмежного болю». А традиційне китайське прислів'я говорить: «Одна пара крихітних ніжок, та дві чаші сліз». Цей звичай суперечив вченню Конфуція. До нього несхвально ставилися маньчжурські імператори, які видавали декларації, що його забороняли [6, р. 65].

Подібно до викладеного вище аргументи проти рабства, за великим рахунком, є суміжними з практикуванням рабства: ні для кого ніколи не було новою, що рабство — це наруга над рабом. Арістотель міг думати, що існували люди, що за природою були схильні до рабства, але вже в його часи були й такі, хто дотримувався інших поглядів¹. Я наголошую на всьому цьому тому, що інколи ми помилково думаємо, що моральні судження наших нащадків будуть вражаючими та незрозумілими.

Коли ми поглянемо на нашу власну моральну історію, то побачимо в ній достатньо прикладів огидних звичаїв, які користувалися широким суспільним визнанням. Але знову й знову ви будете переконуватися в тому, що доречні моральні заперечення таких практик були вже помічені та вже озвучені. Тож якщо в один прекрасний момент протягом наступних кількох тижнів ви мимоволі запитаете себе, які звичаї ми визнаємо, але не маємо визнавати, майте на увазі, що цього могло б і не бути, якби ніхто не підняв цієї теми.

Ось що показує наша історія. У випадках, які я згадав, — дуелі, бинтування ніг, рабство — все це зберігалось не тому, що ніхто ніколи не розставляв правильних акцентів. Практики зберігалися тому, що моральні переконання — не кажучи вже про релігійні або державні заборони та раціональні заклики — мають замалу силу порівняно із честю та вигодою. І коли ці звичаї було викорінено, причиною було не те, що розум і мораль, і право здобули перемогу над честю; причиною було те, що люди в новий спосіб почали думати про честь.

Пізніше я буду більше говорити про те, як ці зміни відбулися. Та спершу — тепер, коли ми вже побачили честь, живу та дієву, те, як вона спрацьовує у світі, — я хочу схематично зобразити хід думок стосовно того, що ж таке честь.

Трохи теорії честі

Перш за все, згідно з формулюванням антрополога Френка Гендерсона Стюарта: «Чесць — це право на повагу» [8, ch. 2]. Але рівною мірою важливо підкреслити, що честь — це те, що ви можете втратити, якщо порушуєте закони, які її визначають. Втрата честі веде для тих, хто переймається питаннями честі, до сорому. Сором — це почуття, яке виникає у вас у зв'язку з власною ганебною поведінкою, тоді як адекватною реакцією інших на таку поведінку є те, що спершу вас перестають поважати, а потім активно зневажливо поводяться з вами.

Повага та зневага до однієї особи може бути також результатом вчинків інших, тому що — і тут починає діяти друга схема — *ваша честь є завжди честю особи з певною соціальною ідентичністю*. Ідентичність має значення для честі у двох різних сенсах. По-перше, ви можете поділяти честь із тим, з ким ви поділяєте ідентичність. Ми можемо як втратити, так і домогтися честі через

¹ «У всі періоди античності була критика існуючих форм рабства (а не рабства як такого). І їхні заяви іноді підкріплювалися аргументами філософського характеру» [7, р. 239].

успіхи або невдачі тих, з ким ми розділяємо нашу ідентичність. Та ідентичність є важливою і в іншому контексті: вона визначає, виконання яких законів честі від вас вимагається. Наприклад, гендерна ідентичність часто відіграє вирішальну роль для визначення законів честі, виконання яких вимагається, та того, яка поведінка з вашого боку викликає повагу (або веде до її втрати). В Англії XVIII ст. чоловіки з вищих класів зобов'язані були відповідати на виклики на дуель. Покаранням для тих, хто порушував правило, була втрата честі, втрата офіційного права на повагу. Таким чином, третя схема виглядає так: *кодекси честі керують людьми певної соціальної ідентичності та визначають, як вони мають себе поводити, і більш конкретно, як їм слід реагувати на людей спільної з ними ідентичності та на людей з відмінною від їхньої ідентичністю.*

Користуватися повагою, це, безсумнівно, означає користуватися чієюсь повагою. Зазвичай, честь не прагне поваги людей в цілому; вона вимагає поваги з боку якоїсь певної соціальної групи, яку я буду називати *світом честі* (*an honor world*), тобто групою людей, які визнають однакові кодекси. У світі честі деякі люди визнаються рівнею вам по честі (*honor peers*), тому що кодекси вимагають від вас того самого, що й від них.

Та зрештою, оскільки честь — це право на повагу, людина честі піклується не про те (або принаймні не тільки про те), щоб її поважали, а про те, щоб бути тим, хто заслуговує на повагу. Для такої людини честь є важливою сама по собі, а не через нагороди, з нею пов'язані. Честь є чимось таким, про що ви піклуєтеся заради нього самого: піклуватися про свою честь означає переживати про своє право на повагу. Тож ви хочете поваги, та тільки тієї поваги, на яку маєте право. Отже, фінальна схема виглядає так: *людина честі бажає вчиняти щось, що заслуговує на повагу згідно з кодексом честі, але вона дотримується кодексу честі не просто для того, щоб здобути повагу або інші соціальні переваги, що є результатом дотримання кодексу.*

До суті справи: дуелі

Змалювавши більшу частину загальної картини, час повернутися до фактів. Сучасна європейська дуель, яка виникла наприкінці епохи Середньовіччя, виросла з судового поєдинку, в якому диспут між двома чоловіками з відповідним соціальним статусом (формально вони мали бути у рангу зброєносця чи вище) міг бути вирішений правителем, який, згідно з тодішнім висловлюванням, «давав їм ділянку». Правитель був свідком події, і той, хто залишався живим у двобої, вважався переможцем у юридичній справі. Спочатку така практика була кроком уперед порівняно із рукопашним боєм або клановою ворожнечею (на зразок тієї колотнечі, яку ми спостерігали, коли молодик з клану Ромео вступив у сварку із сім'єю Джульєтти). Біда в тому, що ця практика почала жити своїм власним, досить тривалим життям.

Історія дуелі крокувала різними шляхами в різних країнах, тож давайте подивимося на приклад Великобританії, де Френсіс Бекон, королівський генеральний атторней, безнадійно нарікав на це явище на початку XVII ст. Ніщо в той час не було більш міцно укорінене у світі честі джентльмена з Британії, як і в Європі в цілому. Кодекси передбачали порядок виклику на дуель, перелік тих, хто міг брати в ній участь, та процедуру її проведення. Світ честі дуелі складався з джентльменів та леді усюди, не тільки в Англії. Цей світ створив клас рівних

по честі — джентльменів — від яких вимагалось відповідати на належний виклик згодою на дуель.

У 1829 р., коли британський прем'єр-міністр герцог Веллінгтон взяв участь у дуелі, він був уже четвертим прем'єр-міністром за століття, який робив це під час перебування на посаді. Дійсно, на початку ХІХ ст. дуелі стали особливо популярними (спадщина почасти Наполеонівських війн та поширення воєнної культури). А потім до середини століття звичай значною мірою зжив себе. Що ж сталося?

Одне ймовірне припущення, яке висунули історики, полягає в тому, що стара аристократична панівна еліта була витіснена новим класом торговців та підприємців. Нова державна бюрократія, тим часом, ставала все більш професійною. Дуелі, ознака старого воєнного дворянства, більше не пасували до нового буржуазного бюрократичного порядку. Старі норми поведінки джентльменської честі поступилися новим. Близько 1852 р. кардинал Ньюмен міг дозволити собі написати: «Той, хто ніколи не завдасть болю, — це майже визначення джентльмена» [9, р. 208]. Якщо джентелмен уявлявся саме таким, то більш неджентльменського звичаю, аніж дуель, годі й уявити.

Але мало місце й щось інше. «Чоловіки знатного походження відмовляться від звичаю», як правильно передбачав Бекон, «коли він почне... ставати доступним для цирюльників або м'ясників та для подібних людей базових технічних професій» [10, р. 400].

Дуель була справою честі, тому що вона свідчила про вашу належність до високого класу. Свідченням того, що старий соціальний порядок був під тиском, було те, що у перші десятиліття ХІХ ст. дуелі усе більше відбувалися між людьми невідповідних класів. Як тільки «базові технічні» люди змогли розраховувати на участь у дуелі, здатність останньої розділяти і вносити відмінність була вичерпана. У 1850-х видатний ліберал, парламентарій Річард Кобден іронічно зауважив: «Як тільки асистентів торговців лляними товарами допустили до участі в дуелях, в очах вищих класів це стало вкрай ганебним... Зараз ніщо не може бути більш сміховинним, ніж намір дворянина або джентльмена виражати своє обурення від образи через виклик на дуель» [11, р. 565].

Мабуть, останній раз в Англії один джентльмен застрелив іншого на ґрунті честі у 1852 р., коли два члени парламенту від Кентербері зустрілися з приводу виборчого диспуту в тому, що прийнято називати останньою дуеллю в Англії. Як стверджує історик Віктор К'єрнан, це була «очевидно пародійна подія, коли два чоловіки та їхні секунданти мали розділити злітну смугу у Вейбриджі» [12, р. 218]. Як сказав один сучасник: «Інцидент було висвітлено у дотепній статті в "Таймс", і таке висміювання врешті-решт зробило більше, ніж мораль у справі ліквідації дуелей. *Solvuntur risu tabulae*»¹. Сер Альгернон Вест трохи перефразував рядок із Сатир Горація, який означає: «*Справу припинено зі сміху*». Чи є кращий за глузування інструмент, який можна протиставити честі, вся мета якої бути вартим поваги?

¹ Рядок 86 — це «*Solvuntur risu tabulae, tu missus abibis*» (Я виправив у сера Альгернона «*solvuntur*», хоча часто саме так неправильно цитують) [13, р. 28]. «Обвинувачення будуть зняті сміхом; з полегшенням ви розійдетесь».

Друга справа: бинтування ніг

Зовсім іншого роду моральна революція сталася на рубежі ХХ ст., коли освічена китайська еліта відмовилася від бинтування ніг. Щоб зрозуміти завершення цього явища, вам необхідно зануритися у світ китайських інтелектуалів кінця ХІХ ст., коли вони намагалися зрозуміти, що сталося з їхньою країною. Протягом половини століття, починаючи з Опіумних війн на початку 1840-х, вони спостерігали, як їхні армії не раз зазнавали краху на власній землі від іноземців із Заходу та Японії, як їх піддавали принизливим угодам, що змушували погоджуватися на присутність у Китаї християнських місіонерів. Саме ці місії і почали кампанії проти звичаю, організовуючи перші асоціації проти бинтування ніг у Китаї. Потім із них взяли приклад організації, які очолювалися дружинами західної бізнес-еліти. Та невдовзі такі організації почали створюватись і представниками інтелектуальних кіл Китаю, такими як Кан Ювей, які вбачали необхідність у певному рівні вестернізації, якщо Китай збирався знайти своє місце у сучасному світі. Вони зосереджувалися перш за все на тому, що було краще для Китаю, тож якщо заборона бинтування ніг була чимось хорошим для жінок, то, без сумніву, і для країни вона була такою ж. У той же час їхні праці значною мірою мали націоналістичний відтінок. Деякі з їхніх аргументів зіграли визначальну роль: вони наполягали, наприклад, на тому, що нищівні втрати під час військових нападів з-за кордону стали ще гіршими через те, що так багато жінок були у прямому сенсі слова нездатні втекти; також вони стверджували, що фізична сила жінок, які займаються спортом, тому що їхні ноги вільні, могла б зробити їх матерями здоровіших дітей. Але вони дуже часто наполягали і на тому, що бинтування ніг має бути припинено, оскільки воно є джерелом національного сорому.

У зверненні до імператора проти бинтування ніг у 1890-х рр. Кан Ювей зробив саме останній аргумент центральним. Фактично його меморандум, як його резюмувала вчена В'єрджинія Чау, починається з твердження про те, що «це сором для Китаю — мати такий варварський звичай, який робить нас посміховищем в очах іноземців» і закінчується такими словами: «якщо говорити про право країни, то це покарання, що не має виправдання; якщо говорити про збереження гармонії у сім'ї, то любов батьків до своїх дітей страждає через цей звичай; якщо говорити про посилення армії, то покоління за поколінням цей звичай лишає нам слабких нащадків; й нарешті, якщо говорити про красу та звичай, то це стає предметом висміювання для іноземців. І саме тому це неприпустимо» [6, р. 104].

Кан починає з честі нації й закінчує нею ж — чи, швидше, соромом своєї країни. Його протеже Лян Цичао, ще один представник інтелектуальної еліти Китаю початку ХХ ст., писав у 1896 р.: «Здається, що цей безглуздий звичай процвітав покоління за поколінням усупереч імператорській забороні й зараз стає посміховищем для іноземців» [6, р. 98].

Дозвольте мені підкреслити доречність тут центрального елемента теорії, що я її змалював на початку. Ви можете переживати за честь і сором того, із ким ви поділяєте ідентичність.

Останній нарис: британський антирабовласницький робітничий клас

Це третій, навіть ще коротший, нарис про моральну революцію. Розгляньмо зростаючий опір рабству британського робітничого класу в середині XIX ст. До моменту Американської громадянської війни британські комерційні кола були значною мірою пов'язані з Півднем Америки, чий плантації забезпечували бавовною фабрики Північної Англії. Якщо б думка еліти тоді превалювала в парламенті, то Британія могла б підтримати Південь у війні. Якби так сталося, можливо, Лінкольн не переміг би, а кінець рабства у Сполучених Штатах Америки був би набагато більш тривалою справою. А причина, з якої Англія не підтримала Південь, була в тому, що до середини XIX ст. сформувався значний осередок думки робітничого класу, що приєднався до опору буржуазних протестантів, які протидіяли рабству. На той час парламенти британських колоній мали більш широке виборче право, ніж у 1806 р., коли работоргівля була оголошена поза законом, і їм довелося вперше слухати самовпевнений робітничий клас.

Що спонукало робітників Англії виступити проти рабства? Без сумніву, багато речей. Та однією з них було їхнє зростаюче почуття гідності праці. Рабство у США та Вест-Індії викликало символічну ідентифікацію праці зі збещеним класом чорношкірих людей. Почуття гордості за свою ідентичність як робітника, почуття честі робітників було несумісним із прийняттям того, що праця означала ганьбу. Тож піклування про свою власну честь налаштувало їх проти рабства: це була їхня власна честь, що вони її захищали, а не гідність раба. Ця революція потребувала зв'язку між честю та колективною ідентичністю, який спрацював у Китаї, але використала його для більш комплексних цілей.

Перші уроки

Таким чином, у випадках, розглянутих нами, мобілізація честі — це не тільки проблема, але також і рішення. Таке твердження може бути незручною правдою. У наші дні честь невисоко оцінюється серйозними моральними мислителями. Здається, що вона походить від ієрархічного кодексу, приписи якого не збігаються з нашими демократичними цінностями. Її привабливість є, безсумнівно, примітивною і дораціональною. Покоління теоретиків моралі вважало, що вони вигнали її на якийсь безлюдний острів, де вона і буде залишена на споглядання своїх потьмянілих еполетів, адже її колись блискучий меч заіржавів у солоному повітрі сучасності.

Тож багато хто буде відкидати ідею того, що честь може бути двигуном морального прогресу, а не тільки віджилою спадщиною нашого охопленого різаниною, войовничого минулого. Насправді, честь завжди піддавалася скептичній перевірці у християнській культурі: піклування про чийось честь виглядає підозріло схожим на культивування марнославства, що не личить християнину. У відповідь на скептицизм такого роду Девід Юм був непохитним у тому, що «бажання слави, доброго ім'я чи чесності з іншими є такими далекими від того, що заслуговує осуду, що здаються невіддільними від моральності, обдарованості, розумових здібностей та шляхетної вдачі» [14, р. 265]. Суть думки Юма в тому, що важко плекати чесноти без дотримання звичаїв, пов'язаних із честю.

Я думаю, Юм мав рацію: честь допомагає підтримувати та регламентувати певні соціальні ролі. Як зауважили Джеффри Бреннан та Філіп Петтіт у своїй чудовій книжці *Економіка поваги* — система честі, економіка поваги мають деякі вражаючі переваги як інструменти соціального регулювання. Люди у світі честі автоматично ставляться з повагою до тих, хто відповідає їхнім кодексам, а до тих, хто їх порушує, — з презирством. Оскільки ці реакції є автоматичними, систему насправді вкрай дешево підтримувати. Розгляньмо кодекс військової честі. Якщо б метою солдата було просто отримання своєї премії чи уникнення гауптвахти, він би не мав стимулу поводити себе належним чином у той самий момент, коли ми цього найбільше потребуємо, коли нам потрібен його героїзм у тумані битви. Звичайно, ми можемо докласти безліч зусиль, що пов'язані з великими витратами, на стеження — ми можемо спорядити кожного солдата пристроєм, що буде контролювати кожен його крок, та це потягне за собою психологічні та моральні витрати, так само як й істотні фінансові. Честь же, навпаки, ґрунтується на індивідуальному почутті честі солдата (і на почутті честі його чи її рівних по честі) і може бути ефективною без всебічного стеження; і на відміну від системи права або ринкового договору, будь-хто з оточення, хто належить до світу честі, буде ефективно забезпечувати дотримання її вимог. Якщо ми маємо набір спільних кодексів військової честі, то маємо і певні уявлення про те, що гроші — це невідходящий варіант для нагородження за військову доблесть, це символічно недоречно. Ми не даємо солдатам премій за хоробрість, ми вручаємо їм медалі; ми вшановуємо їх. Згадаймо шекспірівського герцога Бурбонського, який, розуміючи, що битва під Азенкуром програна, вигукнув:

«Сором і вічний сором, нічого, окрім сорому,
Тож помремо у честі!» (Генріх V, акт IV, сцена V)¹.

Солдати, які думають у такий спосіб, перетворюються на ворогів, яких дуже важко здолати.

Назад до Пакистану

Тепер, я сподіваюся, що переконав вас не тільки у загрозах, що несе в собі честь, але також у потенціалі, який честь має у розпорядженні для блага. Тож Юм мав рацію стосовно цього. І ми побачили, як звичайні, такі як дуелі у Британії чи бинтування ніг у Китаї, були викоренені, коли честь, так би мовити, перейшла на інший бік. Та минуле не можна змінити, тільки вивчати. А як щодо світу, в якому ми живемо сьогодні? Як щодо, наприклад, вбивств честі у Пакистані?

Послуговуючись уявою, для нас імовірно буде дуже важко зануритися у цей специфічний світ честі. Та важливо наголосити на тому, що так багато з тих, хто розділяє його, є цілковито звичайними людьми, не чудовиськами. Я згадував раніше випадок студентки, яка вивчала інформатику і втекла з однокурсником. Її звали Афшін Муссарат. Її батько Муссарат Саху був юристом, і коли відкрилася правда про смерть його доньки, він розказав поліції про дії, які здійснив

¹ Уривок перекладено Ю. Хижняк. Існуючі переклади Шекспіра українською мовою не повною мірою відповідають тому сенсу, який у цей уривок вкладає автор статті, оскільки в них не використовуються слово «честь». Див., наприклад, переклад Віктора Ружицького (Шекспір В. Твори : в 6 т. Т. 3 : Король Джон; Річард II; Генріх IV. Частина перша; Генріх IV. Частина друга; Генріх V. Віндзорські жартівниці : пер. з англ. — К. : Дніпро, 1985. — С. 418):

«Вперед! Бо нам немає вороття!
А жить в ганьбі — навіщо те життя?» — *Прим. перекладача.*

для того, щоб відновити честь своєї сім'ї: «Я підсипав їй снодійне у чашку з чаєм, а потім задушив її шарфом». У поліцейському відділку, в наручниках, задихаючись від ридань, цей чоловік, цей юрист, згадував останні моменти життя своєї доньки: «Я й досі чую її крики; вона була моєю улюбленою дочкою. Я хочу зламати собі руки і піти з життя».

Я казав раніше, що жертвами вбивств честі стає набагато більша кількість жінок, ніж пораховано шляхом обліку трупів. Можливо, варто також зазначити, що це руйнує життя не тільки жінок. *Я хочу зламати собі руки і піти з життя.* Сила цієї згубної системи честі виявляється в її можливості не тільки заохочувати готових до дії, а й змушувати неохочих. Батько страждав від криків улюбленої доньки, яку він задушив. Нещасний чоловік.

Але така вже влада світу честі. Погляньмо на справу Самії Сарвар, студентки юридичного факультету зі знатної пешаварської родини, яку я згадував раніше. Коли вона вирішила домагатися розлучення від її насильника-чоловіка, лікаря, батьки застерегли її: вчинивши таке, вона збезчестить їх. На постійне роздільне проживання вони були згодні, але ніякого розлучення і повторного заміжжя. «Мадам, вони вб'ють мене, вони вб'ють мене», — говорила Самія своєму юристу, коли її батьки, що жили окремо, домагалися зустрічі з нею. Вона мала рацію. Вони організували вбивство доньки в офісі її юриста. Батько дівчини був президентом Пешаварської торгової палати; мати — лікарем. Навряд чи їх можна назвати неосвіченими людьми.

Ця подія набула чималого розголосу. Були протести. Все ж вбивство честі — це вбивство, а вбивство є протизаконним у Пакистані. Насправді, вбивства в ім'я честі були протизаконними протягом усієї історії держави Пакистану. Більше того, існує майже універсальна угода між кваліфікованими інтерпретаторами Ісламу стосовно того, що вбивства в ім'я честі не відповідають Ісламу. Ані Коран, ані Сунна та Хадис (авторитетні розповіді Сунни, які є додатковим джерелом доктрини) не схвалюють вбивство чоловіками жінок з власних родин. Регулювання *zīnī (zīna)*¹ — недозволеної сексуальної активності — це по суті справа шаріатських судів.

Та коли один із членів пакистанського Сенату висловив думку про те, що сім'я Самії має бути засуджена, його самого звинуватили колеги-парламентарі з північного заходу і до того ж прочитали йому нотацію стосовно уявлень про честь у пуштунів². Фактично тільки четверо з сотні сенаторів підтримали пропозицію. Інші ж сенатори розхвалювали почуття честі сім'ї, називали Самію Сарвар (29-річну жінку, матір двох дітей) *bachi*, тобто маленькою дівчинкою, а пошарпаний жіночий притулок, де вона зупинялася, — «кублом проституції». Вони прагнули зганьбити мертву жінку та осипати честю її сім'ю.

Тим часом Пешаварська торгова палата переобрала батька Самії на другий термін. Зрозуміло, що для цього місця він є тією людиною, яка знає, як вести бізнес [15]. Зайдіть на сайт Центру суспільно-політичних досліджень у Пешаварі (*Center for Public Policy Research in Peshawar*). Подивіться сторінку, що містить список правління. Ви знайдете його ім'я.

¹ Зіна́ (араб. زنا — «перелоб») — в ісламському праві незаконний статевий зв'язок між людьми, які не перебувають у шлюбі (охоплює як перелоб, так і блуд). — Прим. перекладача.

² Пуштуни — народ, що проживає в основному на південному сході, півдні та південному заході Афганістану та північному заході Пакистану. — Прим. перекладача.

Вбивство Самії Сарвар не було офіційно санкціоноване жодною владою поза її сім'єю. Та в тій частині країни, звідки вона родом, тобто в Північно-західній прикордонній провінції (зараз перейменованій у Хайбёр-Пахтунхву), вбивства в ім'я честі цілком ймовірно можуть бути наслідками рішень, прийнятих *джирга* (*jirga*), традиційними судами, що мають реальні широкі повноваження в сімейній сфері. За кілька тижнів до того, як була вбита Самія Сарвар, 16-річна дівчина з відхиленнями у розумовому розвитку була страчена після «судового процесу», проведеного джирга, у своєму селищі. Її протягом двох ночей неодноразово гвалтував чоловік у сусідньому місті. Коли вона повернулася у своє селище, старійшини її громади вирішили, що вона принесла безчестя на своїх людей. Її виволокли з дому та застрелили на очах у натовпу. Важко розглядати такі історії без болю у серці.

Промінці надії

Що робить Пакистан дуже цікавим випадком, так це те, що практика вбивств в ім'я честі, з одного боку, має сильну соціальну підтримку, а з другого — приваблює самовіддану пакистанську опозицію. Найбільш впливові противники таких вбивств справедливо наполягають на тому, що цей звичай є аморальним та суперечить Ісламу. І йдуть ще далі. Вони намагаються завербувати честь у свої союзники — почасти через стратегію, що може бути названа колективним присоромленням.

Колективне присоромлення — стратегія, що довела свою могутність на стику століть у Китаї, — вимагає співпраці між тими, хто знаходиться всередині цього світу честі, та тими, хто знаходиться поза цим світом. Один із шляхів залучення людей до цієї спільної справи передбачає символічну афіліацію (визнання): ви залучаєте людей до боротьби, змушуючи їх поглянути на такі вбивства як на приниження їхньої власної честі. Тому, можливо, найбільш потужними союзниками тих, хто бореться проти вбивств честі всередині Пакистану (як, у принципі, й будь-де), є міжнародні феміністичні організації, які визнають, що цей звичай ставиться до жінок як до менш гідних поваги, менш шляхетних людей, ніж чоловіки. Звісно, їх турбує й більш загальне питання справедливості. Та вони також мотивовані символічним значенням вбивств честі як чогось такого, що органічно пов'язане з честю жінок усюди; так само як англійський робітничий клас мотивувала символічна образа рабством.

Зараз все більша кількість жінок відмовляється бути заляканими грізними розмовами про *зину* і *гапam* (*ghairat*, тобто честь). Звичайні жінки завжди працювали у Пакистані в сільському господарстві та побутовому обслуговуванні. Зараз навіть жінки більш високого статусу в основному теж працюють. Як і Самія Сарвар, вони отримують професійну кваліфікацію. Вони роблять внесок у національну економіку. Вони все більшою мірою звикають до публічних виступів і до того, що їх слухають. І як показали протести, що почалися одразу після вбивства Самії Сарвар, жінки з таким досвідом не будуть сидіти і мовчати, коли вбивають їхніх сестер. Кодекси честі, що використовуються для того, щоб тримати жінок на своєму місці, все більше потрапляють у немилість. Вони налаштовують саму честь проти вбивств честі: Асма Джахангір, юрист та захисниця прав людини, офіс якої знаходиться у місті Лахор, сестра та партнер юриста Самії, відреагувала на смерть Самії абсолютно правильними словами: «Що це за честь така — відкривати вогонь по неозброєній жінці?» Вона підкреслила прав-

ду, те, що зараз є центральним слоганом у боротьбі проти цих жахливих злочинів: «Немає ніякої честі у вбивствах честі».

Один коментар на ці слова пролунав у межах Пакистану. Фактично це було скарження на те, що люди, які привертають увагу до таких проблем, Асма Джахангір у тому числі, руйнують добре ім'я країни. І саме такий відгук показує, що його автор та подібні до нього все ж піклуються про те, як ставляться до них, навіть якщо йдеться про зіпсований Захід.

Протягом останнього десятиліття стратегія «колективного присоромлення» тисне на пакистанську політичну владу з метою зменшення кричущих зловживань правами жінок. Маленькими кроками, поступово пакистанський парламент починає усувати перешкоди у переслідуванні тих, хто вбиває своїх родичів-жінок в ім'я честі. У 2004 р., через рік після того, як вбивство Афшін укотре привернуло міжнародну увагу до цієї проблеми, парламент Пакистану прийняв закон, який вносить поправки до Кримінального кодексу і встановлює мінімальні міри покарання за такі порушення. Це підкреслило той факт, що вбивства честі — це злочини. Згодом, 15 листопада 2006 р. після багатьох років тиску з боку активістів захисту прав людини всередині країни і за кордоном парламент прийняв Білль про захист жінок (*Women's Protection Bill*), який скасував вимогу присутності чотирьох свідків чоловічої статі як умови для порушення справи про зґвалтування. (До цього жінка, яка звинуватила когось у зґвалтуванні і не змогла надати чотирьох свідків чоловічої статі, просто визнавалася такою, що мала статеві відносини поза шлюбом, і підлягала покаранню за це.)

Як ми вже встигли зрозуміти, правові зміни необов'язково означають щось самі по собі, та вони є знаком того, що колективне присоромлення почало давати результат, і зараз молоді пакистанські чоловіки, можливо, почнуть вбачати честь у тому, щоб захищати своїх сестер, а не вбивати їх.

Звичайно, ще занадто рано заявляти, що вітер змінюється. У липні 2008 р. у віддаленому селищі Баба Кот у пакистанській провінції Белуджистан три молоді жінки, які хотіли вийти заміж всупереч волі сімей, були засуджені до смерті зборами старійшин. Коли дві старші жінки з числа їхніх родичів запротестували, їх теж додали до списку тих, кого має бути страчено. П'ятьох жінок посадили в автомобіль з урядовими номерами та відвезли у віддалену місцину, де спочатку побили, а потім застрелили та кинули в канаву. Невідомо, чи всі вони були мертвими, коли їх засипали землею. Ось вона, мудрість старших.

Але у порівнянні з попередніми парламентськими дебатами щодо резонансних вбивств честі, на цей випадок більшість членів пакистанського Сенату відреагували явним несхваленням. Провінційна асамблея Сінда¹ одностайно прийняла резолюцію, в якій назвала вбивства «жахливим злочином проти людяності». Кілька років по тому Національна асамблея² навіть прийняла закон, який захищає жінок від домагань на робочому місці, а коли парламентарій із Белуджистану засудив це як вияв «ворожості» до Бога (який, як він ска-

¹ Сінд (сіндхі: سنڌ، урду: سندھ، араб. سنڌ، англ. Sindh) — провінція на південному сході Пакистану. — Прим. перекладача.

² Національна асамблея Пакистану (англ. *National Assembly of Pakistan*) — нижня палата парламенту Пакистану. — Прим. перекладача.

зав, хотів, щоб чоловіки мали владу над жінками), колеги його освистали. Це був знаменний момент. У цих питаннях висміювання сильніше за силогізми. *Solventur risu tabulae.*

Застереження

Та стратегія колективного присоромлення повинна містити попереджувальне гасло: поведіться обережно. Інший історичний епізод нагадає нам, чому саме. У 1929 р. церква Шотландії, що мала довгу й успішну історію місіонерської діяльності та освіти серед представників народу кікуйю в колоніальній Кенії, почала кампанію з викорінення їхнього звичаю жіночого обрізання. Результати виявилися такими, на які вони навряд чи розраховували. Велика кількість кікуйю пішли з церкви, заснувавши незалежні африканські церкви. Провідна антиколоніальна політична організація Центральна Асоціація Кікуйю (*Kikuyu Central Association*) під керівництвом Джомо Кеніатти (який потім став першим президентом незалежної Кенії) здійняла рішучий спротив політиці церкви. У результаті жіноче обрізання стало національним питанням. Коли рух *May-May*¹ переріс у повстання, у трактовці його представників обрізання було одним з елементів національної ідентичності кікуйю. Таким чином, звичай, що міг би в іншому випадку повільно зникати впродовж наступних декількох десятиліть, укріпився ще більше. Близько половини кенійських жінок сьогодні вважаються такими, що зазнали якоїсь із форм цієї практики [16].

Зрозуміло, що інколи зусилля з реформування огидних практик в інших суспільствах можуть просто призвести до несподіваних сумних наслідків. Ми чужинці. Їхні звичаї можуть здаватися дивними нам, та наші також виглядають вельми дивними для них. І особливо в тих випадках, коли практики пов'язані з гендером, а отже, пов'язані з речами, що знаходяться в самому серці сімейного життя людей — з їхніми взаєминами у подружжі, з їхніми дітьми, часто з їхніми богами.

Тож, не слід дивуватися, якщо критика викликає тільки ворожий спротив, тим більше, коли звичаї є частиною нормального життя звичайних людей. (Як би ви почувалися, якщо б хтось із Кенії вказував вам та заявляв, що ви маєте соромитися того, як поводитися з вашими доньками? Достатньо неприємною є навіть критика рідні вашого чоловіка або дружини.) В ім'я своєї культури, своїх традицій, своєї свободи від зовнішнього втручання місцеві жителі реагують на іноземну критику укріпленням саме тих звичаїв, від яких їх змушували відмовитися. Замість реформи ви отримуєте несподіваний потужний поштовх назад.

Та як тільки ви засвоєте ті засоби, які забезпечили успіх боротьби з бинтуванням ніг, ви зможете побачити приклади застосування цієї стратегії, що уникли негативної реакції і спрацьовують сьогодні по всьому світу.

Так, наприклад, у 1997 р. у селищі Малікунда Бамбара, що у Сенегалі, група жінок заявили натовпу журналістів, що вони збираються відмовитися від жіночого обрізання (у термінології сучасних дослідників — *female genital cutting (FGC)*). Таке рішення стало результатом обговорень у громаді, що почалися декількома роками раніше, коли «Тостан»², правозахисна група, що знаходиться

¹ *May-May* (1952–1956) — визвольний рух у Кенії, спрямований проти колоніального режиму і білих поселенців, головною рушійною силою якого були кікуйю. — *Прим. перекладача.*

² «Тостан» мовою волоф, що поширена у західній Африці, означає «прорив». — *Прим. перекладача.*

у Дакарі та зареєстрована як некомерційна організація у США, представила свою Суспільну програму розширення можливостей жінок (*Community Empowerment Program*). Припинення практики жіночого обрізання не було метою організації. Метою було надати людям громади знання про права людини. Та поступово в ході обговорення питань здоров'я та прав людини як жінок, так і чоловіків у Малікунда Бамбара висловилися проти жіночого обрізання. Те, як це відображається на здоров'ї та правах їхніх власних доньок, змусило їх надати пріоритет припиненню звичаю.

Прес-конференція, однак, виявилася помилкою, тому що сусідні селища, які не пройшли процес рефлексії, продемонстрували захисну негативну реакцію. Як сказав імам Кеур Сімбара, сусіднього селища: «Ми є частиною громад, що поріднюються шляхом шлюбу, і до тих пір поки всі селища не візьмуть у цьому участі, ви просите батьків позбавити їхніх доньок шансу вийти заміж» [17]. Керівництво організації «Тостан» переглянуло свою програму та застосувало другий урок, що ми його вже вивчили зі справи про бинтування ніг. Вони запросили й інші селища на такий самий курс обговорення: якщо ви збираєтеся змінити звичай для дівчат, ви маєте переконатися в тому, що ви змінили думки родин хлопців, які одружуватимуться із ними.

Два роки по тому уряд Сенегалу — керований, більшою мірою, міжнародним тиском, без значних публічних дебатів, прийняв рішення криміналізувати дії тих, хто «порушує цілісність жіночих геніталій». Раптово сотні тисяч сенегальців зустрілися з можливістю отримати вирок про позбавлення волі на п'ять років. Організації «Тостан» довелося зупинити роботу в зв'язку з негативною реакцією з боку місцевих громад. Селяни, які помилково думали, що «Тостан» допомагала прощтовхнути закон, почувалися зрадженими. Багато дівчат були обрізані у наступні місяці через навмисне порушення закону. Підхід, що ґрунтувався на шанобливому діалозі, здавалося, було зруйновано.

На щастя, боротьба організації «Тостан» невдовзі знову повернулася до протоптаного шляху. Її представники знали, що як тільки достатня кількість людей у громаді змінить свою думку, вони можуть стати разом і заприсягтися у вірності новим практикам. Одним словом, «Тостан» застосувала стратегію, яка спрацювала у випадку з бинтуванням ніг. У кінці цього десятиліття в таких селищах, як Малікунда Бамбара, покоління дівчат досягнуть зрілості вільними від обрізання, і вони знайдуть чоловіків у місцях, подібних селищу Кеур Сімбара. Представники організації почерпнули подвійний урок з руху проти бинтування ніг. По-перше, почали з діалогу, заснованого на взаємній повазі. По-друге, керувалися правилом: коли ви вже маєте певне ядро людей, які змінили свої погляди, організуйте програму публічного визнання нових практик, які враховують традиції громади. Щоб покласти край одному звичаю, як це усвідомили представники руху проти бинтування ніг, вам потрібно започаткувати інший.

Мухтар Май

Навіть якщо ви припускаєте, що ці поборники почали ослаблювати старі й глибоко укорінені практики, ви можете задатися питанням, чи справді вони можуть щось докорінно змінити у нашому житті. Підбадьорює той факт, що старі практики зникають із надзвичайною швидкістю. Справді, річ у тім, що моральні революції є саме революціями: вони викликають великі зміни в короткий проміжок часу. Інститути не втрачають прихильність поступово. Шлях,

який інститут проходить від схвалення до безчестя, може бути коротким моментом фазового зсуву в моральній історії громади.

Звичай бинтування ніг був загальноприйнятим століттями, та занепав за одне покоління. Тож коли ми розмірковуємо про негідність звичаю вбивства честі, звичаю, що є старішим за Іслам й досі широко поширеним у багатьох частинах північної Африки та південної Азії, ми маємо пам'ятати ці інші стародавні звичаї, які здавалися нескінченними та стійкими, непохитними і які, врешті-решт, згоріли як флеш-папір.

Якщо Пакистан дійде до такої точки перегину, то це станеться багато в чому саме завдяки жінкам, які відкинули звинувачення у безчесті і «жбурнули» їх в обличчя тим, хто намагався їх зганьбити. Розгляньмо знову історію Мухтаран Бібі, бідної жінки з провінції Пенджаб, про яку я розповідав на початку. *Мухтаран, приготуйся та йди за нами*, чотири члени місцевої ради сказали їй. Її кривдники очікували, що після того, як вони її згвалтували, вона вчинить «благородно», тобто вб'є себе.

Але історія розгорнулася зовсім в іншому напрямі. Її мати зірвала спроби доньки вбити себе замість того, щоб спонукати її до цього. Потім наступного тижня на молитві у п'ятницю мулла у своїй проповіді звинуватив чоловіків із племені Мастой у тому, що вони накоїли. Історія жінки, яка була засуджена до групового згвалтування панчайатом (радою селища), з'явилася в місцевій газеті, потім її підхопили правозахисні групи, вона набула поширення в інтернет-мережі та міжнародній пресі. Уряд провінції Пенджаб зобов'язав місцеву поліцію розібратися в цій справі. Тому в неділю, через вісім днів після звірячого нападу, вісім днів, які дівчина провела в ізоляції та у сльозах зі своєю сім'єю, поліція викликала Мухтаран Бібі у супроводі її батька та дядька на допит. Репортери, які зібралися біля поліцейського відділку, почали розпитувати її, і вона замість того, щоб відступити із соромом, розповіла їм свою історію.

Наступними роками за допомогою активістів із захисту прав людини з Пакистану та з-за кордону Мухтаран Бібі продовжила боротися за справедливість. Представники влади її країни розділилися на тих, хто допомагав, і тих, хто перешкоджав її справі. На неї давили федеральні міністри й погрожували сусіди. Справу проти її ворогів скасовували, спростовували та знову відновлювали. Вісім років минуло, та вона все ще розглядається.

Та поки суди Пакистану вагаються, Мухтаран Бібі змінює своє селище та свою країну. Неосвічена донька фермера стала Мухтар Май, Шановною старшою сестрою (*Respected Elder Sister*), саме за цим ім'ям вона зараз більш відома в усьому світі. Коли уряд вислав їй чек на компенсацію, вона використала його не тільки для того, щоб сплатити судові витрати, а й щоб відкрити школу для дівчат у Мірвалі. Вона не хотіла, щоб поруч із нею ще одне покоління дівчат зростало неосвіченим та безправним. У міру того, як її справа ставала дедалі відомішою світу, вона отримувала гроші та допомогу з багатьох місць; зараз жінка керує не тільки двома школами, а й заснувала Жіночу благодійну організацію (*Mukhtar Mai Women's Welfare Organization*), яка надає притулок, правову допомогу та адвокатський захист у суді.

Передусім Мухтар знову і знову відверто висловлює свою думку стосовно власної ситуації та ситуації інших сільських жінок. Замість того, щоб ховатися через жадливу ганьбу, якої вона зазнала (на думку її гвалтівників), вона викрикує *їхню* порочність і безсоромність та наполягає на правосудді не тільки для

себе, а й для всіх жінок своєї країни. Вона розуміє, що ані її каста, ані її стать не є підставою відмовляти їй у повазі.

У власній історії, яку вона розповіла французькому журналістові, Мухтар Май описує, як зіштовхнулася з розлюченим натовпом чоловіків із племені Мастої, які мовби захлиналися своєю честю: «Хоч я знаю своє місце як член нижчої касты, я теж маю почуття честі, честі гуджарів. Наша громада дрібних, зубожілих фермерів проживає тут декілька століть і... Я відчуваю, що це частина мене самої, це в моїй крові» [2, р. 8]. Крізь завісу перекладу важко зрозуміти, як тлумачити ці слова Мухтар. Та опис її попереднього життя і відповідь її батька на напад, що на неї було здійснено, дозволяють зробити припущення, що вона вихована в сім'ї, де розуміють, що, яке б місце вони не займали в місцевій ієрархії статусів, вони теж мають право на повагу. Її сім'я розуміла також, що безчестя найбільш ефективно оспорюється мовою честі.

Для тих, хто живе в цих немилосердних світах честі, і тих, хто намагається змінити їх, все ще лунають тисячі голосів. У юридичному офісі в Лахорі: *Мадам, вони вб'ють мене*. У поліцейському відділку у Мултані: *Я й досі чую її крики*. *Я хочу зламати собі руки і піти з життя*. У пенджабському селищі: *Мухтаран, приготуйся та йди за нами*.

Та тепер щороку все з більшою сміливістю звичайні жінки та чоловіки у Пакистані ставлять запитання: як чоловік, який вбиває жінку зі своєї власної родини, може претендувати на звання благородного? Люди ставлять ті самі питання стосовно вбивств честі, які ставив Кан Ювей стосовно бинтування ніг: як можемо ми розраховувати на повагу у світі, якщо ми дозволяємо такий жахливий звичай? І пакистанці ставлять це питання не тільки тому, що їхній світ честі почав розумітися ширше і включив решту людства, а й тому, що вони бажають, щоб їхня нація, їхня віра були гідними — в їхніх власних очах — поваги. Постійно нагадуйте людям усіма способами, що вбивство в ім'я честі є аморальним, ірраціональним та нерелігійним. Переконайтеся в тому, що воно є незаконним та забезпечуйте виконання законів. Таким може бути внесок вашого розуму в цю справу. Та все це саме по собі не приведе вчинки людей у відповідність із їхніми знаннями. Почуття мають значення. Вбивство в ім'я честі зникне тільки тоді, коли люди відчуватимуть, що це ганебно.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Appiah K. A. The Honor Code: How Moral Revolutions Happen / Kwame Anthony Appiah. — New York : W. W. Norton, 2010. — 288 p.
2. Mai M. In the Name of Honor : A Memoir / Mukhtar Mai. — New York : Atria Books, 2006. — 192 p.
3. Kristof N. D. Half the Sky: Turning Oppression into Opportunity for Women Worldwide / Nicholas D. Kristof, Sheryl WuDunn. — New York : Random House, 2009. — 320 p.
4. *Afghan-Born German Gets Life for Honor Killing of Sister* [Electronic Resource]. — Access mode : <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4026518,00.html>
5. 'Honor Killings' test Pakistan's System of Values [Electronic Resource]. — Access mode: <http://www.taipetimes.com/News/world/archives/2003/12/12/2003079250>
6. Chau V. The Anti-footbinding Movement in China (1850–1912) / Virginia Chau // MA Thesis, Columbia University. — 1966. — 170 p.
7. Garnsey P. Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine / Peter Garnsey. — Cambridge : Cambridge University Press, 1996. — 288 p.

8. *Stewart F. H.* Honor / Frank Henderson Stewart. — Chicago : University of Chicago Press, 1994. — VIII, 175 p.
9. *Newman J. H.* The Idea of a University / Cardinal John Henry Newman. — London : Longmans, Green & Co., 1919. — IX, 523 p.
10. *Bacon F.* The Letters and the Life of Francis Bacon, Vol. 4 / Francis Bacon ; ed. James Spedding. — London : Longmans, Green, Reader & Dyer, 1868. — 486 p.
11. *Cobden R.* Speeches on Questions of Public Policy / Richard Cobden ; ed. John Bright and James E. Thorold Rogers. — London : Macmillan & Co., 1878. — 662 p.
12. *Kiernan V. G.* The Duel in European History / V. G. Kiernan. — Oxford : Oxford University Press, 1989. — 348 p.
13. *Algernon W.* Recollections: 1832–1886 / Sir Algernon West. — New York and London : Harper & Brothers, 1900. — 441 p.
14. *Hume D.* Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals / David Hume ; ed. L. A. Selby-Bigge, M. A. — 2nd ed. — Oxford : Clarendon Press, 1902. — XI, 371 p.
15. *Pakistan, Afghanistan agree on action plan for joint chamber* [Electronic resource]. — Access mode : <http://tribune.com.pk/story/82198/pakistan-afghanistan-agree-on-action-plan-for-joint-chamber/>
16. *Kenya bans FGM among young* [Electronic resource]. — Access mode : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/1706140.stm>
17. *Malicounda-Bambara: the Sequel The Journey of a Local Revolution* [Electronic resource]. — Access mode : <http://www.worldbank.org/afr/ik/iknt31.pdf>

Аппія К. Е. Належна повага: честь у житті права

Анотація. Автор розглядає деякі виклики праву, зумовлені ситуацією, коли існує невідповідність між правовими нормами та нормами честі, і пропонує шляхи протидії деяким із цих викликів. Почуття власної гідності — це адекватна реакція людини на впевненість, що вона має право на повагу до себе, так само як почуття сорому є адекватною реакцією на втрату цього права. Кодекси честі соціальних груп утворюють підґрунтя набуття, відстоювання і втрати права на повагу. Тому честь виступає посередником між почуттям гордості та сорому, з одного боку, та між соціальними нормами — з другого. Одним із найбільш значущих аспектів впливу кримінального покарання на тих, хто належить до світу честі, є вираження колективного судження щодо того, що правопорушник порушив важливий тип норм; саме тому природною реакцією представників цього світу є визнання того, що порушник втратив право на повагу до себе. Якщо порушник поділяє це судження, він чи вона відчуває сором. Протилежний механізм — як реакція на дії, що гідні поваги, — відіграє провідну роль у формуванні відчуття громадянської гордості.

Ключові слова: честь, сором, право честі, світ честі, вбивство честі, людська гідність.

Аппиа К. Э. Должное уважение: честь в жизни права

Аннотация. Автор рассматривает некоторые вызовы праву, обусловленные ситуацией, когда существует несоответствие между правовыми нормами и нормами чести, и предлагает пути противодействия некоторым из этих вызовов. Чувство собственного достоинства — это адекватная реакция человека на уверенность в том, что он имеет право на уважение к себе, так же как чувство стыда является адекватной реакцией на утрату этого права. Кодексы чести социальных групп образуют основу приобретения, отстаивания и утраты права на уважение. Честь выступает посредником между чувством гордости и стыда, с одной стороны, и между социальными нормами — с другой. Одним из наиболее значимых аспектов влияния уголовного наказания на тех, кто принадлежит к миру чести, является выражение коллективного суждения о том, что правонарушитель нарушил важный

тип норм; именно поэтому естественной реакцией представителей этого мира является признание того, что нарушитель утратил право на уважение к себе. Если нарушитель разделяет это суждение, он или она чувствует стыд. Противоположный механизм — как реакция на действия, достойные уважения, — играет ведущую роль в формировании чувства гражданской гордости.

Ключевые слова: честь, стыд, право чести, мир чести, убийство чести, человеческое достоинство.

Appiah K. A. A Decent Respect: Honor in the Life of the Law

Summary. Author discusses some of the challenges to the law caused by the situation, when there is a mismatch between legal norms and the norms of honor; and suggests ways of counteraction with some of these challenges. The dignity is the apt response to the belief that one has gained the right to be respected, just as a feeling of shame is appropriate, when one has lost that right. The honor codes of social groups provide the foundations for the gaining, maintaining or losing the right to respect. Therefore on the one hand honor mediates between pride and shame, on the other hand, between the social norms. One of the central effects of criminal punishment on those who belong to a civic honor world is to express the community's judgment that an offender has violated an important kind of norm; and the natural response of others in that civic honor world is recognizing that the offender has thereby lost the right to respect for himself. If the offender shares that judgment, he or she feels shame. The converse mechanism — in response to honorable actions — plays a prominent role in generating the experience of civic pride.

Key words: honor, shame, law of honor, honor world, honor killing, human dignity.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: АПОФЕОЗ РОЗУМУ ЧИ РЕЗУЛЬТАТ ЕМОЦІЙНОГО ВИБОРУ?

С. МАКСИМОВ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Верховенство права є універсальним стандартом сучасного світу, ознакою цивілізованості правової системи¹. На його значенні неодноразово наголошувалося у документах міжнародних організацій: у Резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Верховенство права на національному та міжнародному рівнях» права людини, верховенство права та демократія, визначені як «універсальні та неподільні основні принципи Організації Об'єднаних Націй» [2]; у відомій доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) верховенство права поряд із демократією та правами людини визнається фундаментальною засадою європейських правопорядків [3]². Тому зрозумілим було включення на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії (2013 р., Белу-Оризонті, Бразилія) осмислення верховенства права у взаємодії з правами людини і демократією у контекст соціальних викликів сучасного світу в цілому [4].

Темі верховенства права в західній науковій літературі традиційно приділялася й продовжує приділятися велика увага. Серед літератури з історії та філософії верховенства права узагальнюючого характеру «класичними» визнаються книга Б. Таманаги «Верховенство права: історія, політика, теорія» (2004) [5] та колективна монографія за редакцією П. Кости і Д. Золо «Верховенство права: історія, теорія і критика» (2007) [6]. Верховенство права досліджується також у порівняльному [7] та соціологічному [8] аспектах.

Концепт «Верховенство права» свого часу став своєрідним відкриттям на всьому пострадянському просторі. Його осмислення починалося з банальних, простих, заснованих на семантиці інтерпретацій: над чим має верховенство

¹ І навпаки, відштовхуючись від відомого вислову Арістотеля про те, що людина, позбавлена закону і справедливості, є найгіршою з тварин (за змістом відповідає гоббсівському «людина людині вовк»), можна зробити висновок, що за відсутності верховенства права немає і самого суспільства — принаймні по-справжньому цивілізованого суспільства [1].

² У цій доповіді було також звернуто увагу на такі необхідні складові верховенства права, як законність, правова визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, недискримінація та рівність перед законом [2, с. 11–16].

право — над законом, над державою? У подальшому, із поглибленням знань та досвіду в цій сфері, прийшло розуміння того, що верховенство права — це не якийсь конкретний принцип домінування чогось над чимось. Це ціла система принципів, положень, вимог, що відображають функціонування сучасної держави європейського зразка¹.

Таким чином, осмислення феномену верховенства права є однією з центральних тем у сучасній як зарубіжній, так і вітчизняній юриспруденції. Причому з кожним «витком» більш поглибленого дослідження виявляються нові аспекти цього феномену. Серед них — проблема, на яку було звернуто увагу в статті М. Селлерза «Право, розум та емоції» [12] і яка стала центральною темою під час обговорення на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права та соціальної філософії, що відбувся влітку 2015 р. у Вашингтоні. Саме висвітлення питання про роль раціональних та емоційних елементів у змісті верховенства права та нові аспекти розуміння цього феномену, що виявилися у процесі дослідження, становить мету цієї статті. У характеристиці верховенства права ми зосередимось, головним чином, на світоглядно-методологічних, філософських аспектах цього феномену.

1. Реальний та ідеальний виміри верховенства права

Ідея верховенства права, насамперед, — це певний ідеал, регулятивна ідея, яка охоплює особливий тип взаємодії людини і влади й у цілому орієнтована на те, щоб влада була обмежена певними принципами, нормами, не виходила за визначені межі. Однак поряд із ідеальним виміром, у якому верховенство права виступає як ідеал соціального регулювання, що обґрунтовує систему принципів організації та функціонування сучасного цивілізованого суспільства, воно (як будь-який правовий феномен) існує і в реальному вимірі, тобто як більш-менш повне втілення цього ідеалу в реальних процесах життя соціуму, реальне верховенство права над державним свавіллям.

У поділі на реальний та ідеальний виміри верховенства права можна також виокремити два аспекти: а) перший пов'язаний із природою самого права, що відповідає вирізненню Робертом Алексі таких двох його вимірів, як ідеально-критичний, або моральний, з одного боку, та реально-фактичний, або організаційний, — з другого [13, с. 19 і далі]; б) другий пов'язаний із природою соціальних (культурних) феноменів взагалі, що відповідає розрізненню Б. Кістяківським правової держави як певного «ідеального типу», з одного боку, і як його реального втілення в життя у певних історичних та культурних умовах, здійсненого в

¹ Безумовно, тут слід зазначити праці С. Головатого [9], М. Козюбри [10], інших українських дослідників. Тема верховенства права була в центрі уваги у двох номерах журналу «Філософія права і загальна теорія права» за 2013 рік. Під цією рубрикою були опубліковані праці К. Горобця «Верховенство права як ціннісно-нормативний феномен», С. Погребняка «Верховенство права в Україні: передумови та перспективи», В. Смородинського «Держава у системі координат верховенства права», О. Уварової «Принцип верховенства права в судовій практиці України», а також переклади статей відомих зарубіжних філософів права: Ч. Варги «Верховенство права, або Дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування», Р. Дворкіна «Верховенство права», П. Вестерман «Верховенство права як юридичне обличчя держави», М. Крігера «Після короткого ХХ століття: глобальний поступ верховенства права», А. Полякова «Верховенство права, глобалізація та проблеми модернізації філософії і теорії права», К. Туорі «Спільне у сутності верховенства права і правової держави», А. Чарноти «Про яскравий випадок невизначеності, або Правосуддя перехідного періоду і верховенство права» [11].

тих чи інших організаційних формах, — з другого [14, с. 559]. Перший аспект відображає полеміку позитивістської та неопозитивістської концепцій права і дає онтологічні й методологічні підстави для виникнення субстанційної та формальної концепцій верховенства права та їх подальшого втілення у соціальній практиці [15, с. 108].

Другий аспект дає підстави для пошуку міри у співвідношенні універсальних вимог верховенства права та його особливостей у певному цивілізаційно-культурному середовищі, а також виявлення готовності соціальних суб'єктів до реалізації вимог практичного розуму в житті (насамперед, наявності політичної волі у носіїв влади). Саме в межах цього аспекту виникають питання на кшталт: чи є Україна правовою державою? [16; 17].

2. Подвійне розширення: правове суспільство і правовий світогляд

Досвід успіхів і невдач в осмисленні та реалізації верховенства права приводить до висновку про можливість подвійного розширення цієї ідеї. По-перше, вона повинна поширюватися не тільки на державу як певний інститут, а й на суспільство в цілому (як суспільство верховенства права). По-друге, вона повинна бути розгорнута в систему поглядів на світ — як особливий світогляд, генетично пов'язаний з юридичним світоглядом епохи модерну (з його ідеями розумного законодавства і прав людини), однак долає його надмірну зацикленість на державі та позитивному праві.

Правове суспільство. Концепцію правового суспільства було запропоновано свого часу не як альтернативу концепції правової держави, як іноді це неправильно тлумачиться, а саме як розширення цієї концепції, а тому й концепції верховенства права [18]. Її суть полягає у перенесенні сфери дії верховенства права лише з інституційної складової (тобто, власне, держави) також на інші складові, такі, як суб'єктна, суб'єктивна та комунікативна, що мають назву неінституційних.

Концепт «правове суспільство» як співтовариство правових осіб має переваги перед концептом «правова держава» лише у тому сенсі, що він водночас існує і в політико-юридичному (інституційному), і в культурному (неінституційному) вимірах. Головними компонентами, або умовами існування, правового суспільства є, по-перше, неінституційні, засновані на принципі автономії розуму: а) правова людина (автономна особа) як суб'єкт права, «витребувач» прав (суб'єктна умова існування); б) правова свідомість як цільова ціннісна настанова на безумовне визнання прав людини (суб'єктивна умова існування); в) неупереджена думка (комунікативна умова існування); по-друге, інституційні умови існування, засновані на конструкції суспільного договору, — інститути громадянського суспільства і правової держави, які гарантують громадянські, судові (процесуальні) і політичні права. Це суспільство, в якому утверджено принцип верховенства права, або суспільство, в якому права людини є витребуваними, безумовними і гарантованими. Правове суспільство виступає таким гіпотетично ідеальним станом суспільства, який є альтернативним як деспотизму, так і анархії [18, с. 17–18]. Не деталізуючи тут концепцію правового суспільства, яку викладено нами в інших працях, лише звернемо увагу на те, що в сучасній американській філософії права у межах школи критичних правових

досліджень також можна споглядати прагнення вийти за межі простого легалізму в інтерпретації верховенства права. Зокрема, Робін Вест на початку розділу, присвяченому переосмисленню верховенства права, окрім інших, ставить таке питання: «Що означає жити у суспільстві, в якому додержуються верховенства права?» [19, с. 13].

Таким чином, ідея правового суспільства полягає в тому, що здійснення верховенства права у тій чи іншій країні, включаючи й можливість створення ефективних інститутів правової держави (поділ влади, захист прав людини, правова рівність тощо), залежить, насамперед, від певного стану культури суспільства: якостей суб'єктів як автономних індивідів, спрямованості їх свідомості на здійснення правових смислів і наявності можливостей та здатностей до публічного дискурсу¹.

Правовий світогляд. Верховенство права — це ідея, що у своїй основі містить філософський характер, і вона становить підґрунтя певного світогляду. Йдеться про правовий світогляд. Обмеженість будь-якої дії правилами, принципами, законами дає впевненість у завтрашньому дні, гарантує передбачуваність наслідків своїх дій. Особа, зокрема, знає, що буде відповідати перед державою. Уже цей момент значною мірою є більш привабливим, аніж ситуація, коли людина є повністю залежною від розсуду владного суб'єкта. Проте в такій настанові нема нічого особливого, вона притаманна людині протягом усіх епох і містить лише елементарну правову настанову, або мінімальну підставу правового світогляду.

Характеру правового світогляду, або світогляду, що орієнтується на верховенство права, індивідуальна або колективна правосвідомість набуває тоді, коли починає містити сталу систему вимог до владного суб'єкта, які підкріплюються емоційним ставленням до них. Генетично цей світогляд пов'язаний із феноменом «юридичного світогляду» епохи модерну, притаманним буржуазії, що народжувалася, і був результатом секуляризації теологічного світогляду.

Дослідник історії ідей Анджей Валіцький так характеризував цей феномен: «В Європі, як відомо, епоха Просвітництва була епохою віри у правову державу, розумне законодавство і природні права людини» [21, с. 27]. Цей світогляд вважався втіленням «царства розуму», він поєднував ідею розумного законодавства та ідею невід'ємних прав особистості й був зосереджений на проблемі привнесення у суспільство права. Саме внутрішня суперечність цього ідеалу та акцентування різних ідеологічних платформ на його різних сторонах (просвічений абсолютизм прагнув повної раціоналізації суспільного життя, а лібералізм завдяки ідеї невід'ємних прав особистості істотно обмежував сферу державного втручання) створили, теоретично обґрунтували та практично застосували дві різні моделі верховенства права: так звану гоббсівську модель, або формальну концепцію верховенства права, та локківську модель, або субстанційну модель верховенства права. Якщо перша модель обмежувала свавілля влади наявністю обов'язкових для всіх осіб законів та однаковим для всіх їх застосуванням, то друга вже вимагає певної якості цих законів — вони мають захищати права людини. Тобто обмеження накладаються не тільки на виконавчу та судову гілки

¹ Саме здатність до дискурсу є найважливішою складовою так званої «демократичної правосвідомості», яка включає такі компоненти, як: відкритість та готовність сприймати раціональні доводи; здатність висувати раціональні аргументи для вирішення конфліктів; зацікавленість у вирішенні конфліктів дискурсивним шляхом та ін. [20, с. 77].

влади, а й на законодавчу владу. Певним поєднанням або продовженням цих моделей може служити саме деліберативна модель верховенства права, заснована на ідеї дискурсу. Тому реалізація в суспільстві верховенства права можлива лише завдяки наявності у людей певного світогляду, а саме — правового світогляду. Такий світогляд може існувати як на рівні суспільства в цілому, тобто охоплювати суспільну свідомість, так і на рівні окремих груп та індивідів¹, являючи собою певну міру втілення ідеалу верховенства права.

Таким чином, правовий світогляд є світоглядом правового суспільства, центральною в якому є ідея верховенства права. Вона поєднує ідею прав людини і демократії та виступає необхідною умовою громадянськості як риси суб'єкта правового суспільства, тобто правової особистості.

3. Філософське ядро верховенства права

Для виявлення філософських передумов верховенства права звернемося до концепції італійського філософа права Даніло Золо, який визначив його як «нормативну й інституціональну структуру сучасної європейської держави, що на основі індивідуалістичної філософії (з подвійним вмістом політичного песимізму й нормативного оптимізму) і через процеси дистрибуції влади й диференціації влади наділяє правову систему першочерговим завданням захисту громадянських і політичних прав, таким чином протидіючи для досягнення цієї мети схильності суб'єктів влади до сваволі й зловживання владою» [6, с. 29–30].

У цьому визначенні чітко розмежовуються: 1) філософська основа верховенства права — індивідуалістична політична філософія; 2) першочергове завдання — захист індивідуальних прав (громадянських і політичних), кінцева мета — обмеження свавілля державної влади; 3) інституціонально-нормативні засоби досягнення цієї мети.

Індивідуалізм як єдина філософська основа присутній у різних європейських досвідах верховенства права і є важливою політико-філософською передумовою доктрини фундаментальних прав. Він затверджує онтологічну первинність індивідуального суб'єкта й аксіологічну цінність його свободи й автономії. Внаслідок цього в політичній філософії були утверджені два принципи: 1) політичний песимізм, тобто ідея внутрішньої властивої небезпеки політичної влади² і 2) нормативний оптимізм, тобто віра в те, що небезпека політичної влади може бути стримана правом завдяки сукупності конституційно гарантованих індивідуальних прав та «юридизації» усього устрою держави [6, с. 21].

Обмеження свавілля державної влади і захист прав людини на сучасному етапі розвитку цивілізації є взаємопов'язаними цілями верховенства права: ефективно досягнення одного без іншого неможливе, водночас слід погодитись із Д. Вовком, що права людини є, як мінімум, єдиним зрозумілим критерієм системного обмеження носіїв владних повноважень [24, с. 72].

Інституціонально-нормативні засоби верховенства права включають принцип «дистрибуції влади» (*distribution of power*) і принцип «диференціації влади» (*differentiation of power*). Принцип «дистрибуції влади» веде до обмеження дер-

¹ В українській філософсько-правовій літературі близькі, хоча й дещо відмінні аспекти поняття «правовий світогляд» розробляються В. Коробкою [22] та П. Рабіновичем і Т. Бачинським [23].

² Політичному песимізму, або скепсису стосовно політичної влади як ліберальної настанови, протистоїть політичний оптимізм, тобто безумовна підтримка державної влади.

жавної влади з метою розширення індивідуальної свободи, і включає такі вимоги: індивідуальність суб'єкта права (виключення дискримінації та привілеїв); юридична рівність індивідуальних суб'єктів (перед законом та у використанні прав); визначеність права (передбачуваність юридичних наслідків поведінки, або фуллерівські принципи моральності права); конституційне визнання індивідуальних прав. Принцип «диференціації влади» підтримує функціональне розмежування між політико-правовою системою й іншими соціальними підсистемами (наприклад, політикою і громадянським суспільством), а також розмежування, координацію й правове регулювання різних функцій держави (що, власне, й відповідає класичній стратегії «поділу влади» (*separation of powers*) [6, р. 19–29].

Таким чином, філософським ядром світогляду, зорієнтованого на верховенство права, є образ людини як самодостатнього індивіда, цінність свободи та автономії якого є пріоритетною, а тому для нього характерне прагнення до балансу між скептицизмом стосовно влади (її «десакралізація») і вірою в можливість нормативного регулювання розв'язання суспільних проблем. Тобто таким ядром є індивідуалістична, раціоналістична і секуляризована антропологія.

4. Раціональна сторона верховенства права

Сутність права у всіх правових традиціях розуміється через його претензії на втілення розуму: «Право — це закладений у природі найвищий розум» (Цицерон). Звичайно критерієм розумності у праві виступає справедливість, а фундаментальна аксіома, на якій базується раціональна справедливість, полягає в тому, що кожна людина має цінність, і що всі заслуговують на підтримку та сприяння у досягненні гідного та повноцінного життя в суспільстві з іншими людьми [12, с. 212].

Якщо право як таке є втіленням розуму, то верховенство права як гарантія практичної справедливості є концентрованим втіленням розуму в правовому регулюванні. Найзагальніша вимога верховенства права «Правління законів, а не людей» вимагає критерію поза людською волею для захисту суб'єктів права і суспільства від свавілля будь-якої іншої особи [12, с. 212]. Критерій розумності проводить традиційне розмежування між «верховенством права», яке враховує цей зовнішній критерій справедливості, і «верховенством людини», яке його не враховує. З позицій як давніх мислителів, таких як Арістотель та Цицерон, так і сучасних конституціоналістів, верховенство права «передбачає постійне слідування вказівкам розуму та справедливості у правотворчості, інтерпретації та застосуванні права» [12, с. 212].

В ідеї верховенства права як прояву правового світогляду, або світогляду модерну, реалізується декартівський гносеологічний ідеал *cogito*, тобто рефлексія, що контролює кожен крок думки, забезпечуючи прозорість як результатів, так і шляхів його досягнення. Саме із цим ідеалом пов'язана передбачуваність реакції влади на дії індивідів та їх груп, що очікується від будь-якої правової системи і реалізується у принципі правової визначеності. Іншими вимогами розуму є незалежність судів, прозорість діяльності прокуратури, поліції (додамо — й виконавчої влади). Ворожість до свавілля влади та заклик до визначеності тягнуть за собою деякі етичні засновки, що схвалюють раціональний і

прозорий правовий порядок, де першість права гарантує індивідуальні свободи і безпеку правочинів.

Проте, чи відрізняється чимось повна раціоналізація законодавства і всієї правової системи (ідеал технократизму) від правової раціоналізації в межах верховенства права? Технократи намагаються усунути емоції з права, визначаючи правове мислення як просту логічну операцію, або дедукцію. Це призводить до усунення із права й справедливості, а слідом і прав людини як вияву цієї справедливості, а тому не дає й твердих підстав для обмеження сваволі влади. У той час, як справедливість спирається врешті-решт на людські емоції.

Орієнтуючись на передбачуваність реакції влади на дії індивідів та їх груп, незалежність судів і прозорість діяльності прокуратури, поліції тощо, верховенство права забезпечує повну раціоналізацію мислення і відносин, виступає втіленням розуму в правовому регулюванні. Однак, з другого боку, воно, як будь-який світогляд, має і чуттєво-емоційну сторону¹.

5. Емоційна сторона верховенства права

У першу чергу така емоційна складова проявляється у процесі обґрунтування (виправдання) як права в цілому, так і верховенства права зокрема.

За М. Селлерзом, емоційна сторона права обертається навколо почуття справедливості: «Головною людською емоцією у будь-якій дискусії щодо права є почуття справедливості. Це відчуття стосується належного порядку в суспільстві і виникає як реакція на нечесність, утиски, експлуатацію або будь-яке з багатьох інших злодіянь, за яких дехто може порушувати правила, що забезпечують членам суспільства можливість жити гідним і повноцінним життям» [12, с. 218]. Почуття справедливості частіше за все виникає як реакція на несправедливість, яка стосується і носія цієї емоції, й інших людей. Воно є підставою для виправдання природно-правового розуміння права.

У традиції американського конституціоналізму поряд із раціонально-концептуальним обґрунтуванням вищого нормативного авторитету Конституції існує певне неявне емоційне його виправдання, як виправдання верховенства права («правління законів, а не людей»). Воно відображене у формулі: «В Америці верховенство права є королем». Робін Вест звертає увагу на надмірну сакралізацію американської Конституції серед юристів-учених та практиків, які відкидають будь-яку можливість критики її положень. Пояснюючи вищезгадану формулу, вона проводить аналогію, ніби Конституція США набуває свого вищого статусу так само, як укази короля, які були одного разу освячені як справедливі й добродісні силою ніжних сонячних променів [25, с. 21].

У структурі такого виправдання Р. Вест вбачає певні міфологічні витоки права подібно до описаної З. Фрейдом ситуації з владою, тотемом і табу (звісно, наводячи лише символічні порівняння, а не наполягаючи на реальності фрейдівської конструкції). Американці знищили монархічну батьківську владу і замінили її тотемною Конституцією — влада права, а не людей, поклоніння Конституції, а не королю; до того ж здійснюється обмеження можливої небезпеки з боку високоперсоналізованої влади законодавців і президентів.

¹ Аналізуючи відмінність ролі розуму і емоцій, М. Селлерз показує, що «розум починається з аксіом, що проголошуються істинними, тоді як емоції починаються з почуттів, що приймаються як реальні» [12, с. 210].

У цьому — емоційний вимір віри в Конституцію. Ставлення до Конституції є таким емоційним, що будь-який глибокий критицизм до неї стає табуйованим, її авторитет перевершує її людське походження або людську природу її інтерпретаторів.

Наділення безумовним нормативним авторитетом Конституції є проявом універсальних рис виправдання верховенства права (через обмеження небезпечного свавілля), водночас її надмірна сакралізація в американській конституційній традиції несе у собі культурно-специфічні риси такого виправдання. Р. Вест навіть вбачає в такому ставленні до Конституції прояв авторитарності, що суперечить самій американській правовій традиції, яка послідовно забезпечує антиавторитаризм у розумінні права [25, с. 23].

Слід зазначити, що у таких розвинених з точки зору верховенства права (і не тільки його) культур, як американська або німецька, з обґрунтуванням та виправданням цінностей верховенства права немає проблем, і ця система організації держави і суспільства функціонує доволі успішно. Водночас для суспільств, які ще тільки прагнуть утвердити верховенство права, проблема його раціонального обґрунтування верховенства права і світоглядно-емоційного виправдання стоїть доволі гостро. Невипадково угорський філософ права Чаба Варга так сформулював дилему, що стоїть перед державами, які звільнилися від авторитаризму і прагнуть до затвердження верховенства права, стосовно методу такого затвердження: «виращування чи механічне нав'язування» [26, с. 48].

Визначальними у цьому виборі є, на наш погляд, екзистенціальні рішення про власну ідентичність як суб'єкта, здатного в своїх поведінкових моделях здійснювати вимоги цього принципу (аналогічно моделі дискурсивно-екзистенціального обґрунтування прав людини у Роберта Алексі) [27]. Відомий філософ права пов'язав конструкцію прав людини із конструкцією дискурсу, тобто обміну аргументами, коли люди є вільними і рівними в такому обміні. При цьому він акцентував на такому: одна справа — мати здатність до дискурсу, тобто до певного обміну аргументами, і вважати іншого рівним у дискурсі, й інша — бути готовим перевести цю схему дискурсу в реальне життя. Цей другий момент — суб'єктивний, екзистенціальний — часто-густо виступає каменем спотикання. Але він є вибором самого себе [27, с. 127–129].

Додатковою соціологічною умовою успішності такого вибору є кількість носіїв правового світогляду, для яких здійснення цього ідеалу є життєво важливим. У суспільстві, де кількість носіїв такого світогляду (як правило, представників середнього класу) не досягає необхідного значення, верховенство права не може стати сталою традицією.

Таким чином, верховенство права в умовах усвідомлення небезпеки зловживання необмеженою владою виступає, з одного боку, як система раціональних вимог до організації влади з метою її обмеження, а з другого — на емоційно-світоглядному рівні стає вірою в існування таких цінностей, як справедливість, права, особистість, що втілюються в цій системі вимог. Головним у системі верховенства права є питання про мету права. Тому запропонована Р. Дворкіним вимога передування розкриття поняття верховенства права (як певного політичного і правового ідеалу) розумінню природи права як такого може вважатися цілком слушною [28, с. 23].

6. Український досвід верховенства права

Український досвід верховенства права є суперечливим. З одного боку, Україна — європейська держава, тому відсутні принципові архетипові перешкоди для визнання тих цінностей, які конструюють ідеал верховенства права і дії відповідно до них. У Конституції України 1996 р. правова держава (Преамбула, ст. 1) [29, с. 3, 7] та верховенство права (ст. 8) [29, с. 51] офіційно визнані найважливішими політико-правовими цінностями. З другого боку, у реальному вимірі реалізацію ознак правової держави та верховенства права навряд чи можна вважати впровадженою [1; 17].

Існують багато перешкод економічного та історичного характеру, які цей процес ускладнюють. Проте звернемо увагу лише на ціннісні передумови та перешкоди впровадження у суспільстві верховенства права, які розгортаються на смисловому фоні таких рис національного характеру, як «емоціоналізм», прагнення до необмеженої свободи, ціннісна невизначеність, що виражається в здатності значною мірою заперечувати негативні соціальні феномени (корупцію, авторитарне правління, олігархію), ніж створювати позитивні програми їх подолання на підставі нормативних засобів [20, с. 78–79].

Вихідним моментом у виправданні верховенства права, як вже підкреслювалося, є відповідь на запитання: правління законів чи правління людей? Можливо, з точки зору звичних для нас цінностей це виглядає не зовсім приємно — з одного боку, бездушний, сухий, безликий, абстрактний закон, з другого — конкретні люди з душею та емоціями. Кому ми віддамо перевагу? Звичайно, виникає бажання обрати людину, яка є гідною такої довіри і може вирішувати проблеми, орієнтуючись на загальне благо та справедливість у конкретній ситуації. Але така людина стає людиною владною, і постає проблема: якою б не була людина, наділена владою, мають існувати визначені межі реалізації цієї влади, що задаються і принципами, і законами.

Головна складність полягає в тому, що верховенство права поки не вкоренилося у структуру буття українського народу, а тому потребує зусиль з його обґрунтування, виправдання та визнання, виходячи із особливості культурної традиції. Ця особливість полягає в тій філософсько-антропологічній концепції, що знаходить свій вияв у певній культурі. Зазвичай стверджується, що верховенство права ґрунтується на індивідуалістичній філософії. Жорсткого індивідуалізму у філософських побудовах українських філософів ніколи не було, вони прагнули компенсувати ті небезпеки, які ніс із собою стихійний індивідуалізм громадян (що нерідко межував з анархізмом), затверджуючи необхідність установлення гармонії людини зі світом (Г. Сковорода, П. Юркевич). Тому цінність окремої людини визнавалася через персоналістичний принцип, що у виправданні ідеї прав людини акцентує увагу на мотиві творчої самореалізації особистості, яка при цьому не протиставляє себе суспільству.

Тому права людини і взагалі порядок обмеження свавілля влади мають виправдовуватися вимогою рівних умов для творчої самореалізації особистості як умови гідного існування. Ця світоглядна установка дозволяє перебороти також історичне домінування влади стосовно права й індивіда. Таке подолання означає перетворення принципу «влада від Бога, а право від людини» на принцип «право від Бога, а влада від людини». Світською мовою це означає визнання у праві безумовних універсальних принципів, що є вищими за будь-яку владу

й обмежують її свавілля. Тим самим відкриваються можливості для «політичного песимізму» як важливого філософського елемента верховенства права. Зауважимо, що на підставі певного анархізму, який виявляється в небажанні визнавати над собою будь-яку владу, ця ідея знаходить підтримку в масовій свідомості українського народу, хоча при цьому й зберігаються певні ілюзії з приводу деяких харизматичних фігур у політичній грі. Усі ці моменти яскраво виявилися в мотивації Євромайдану, головним пафосом якого була саме «десакралізація державної влади» [30, с. 5–6] як вихідна позиція політичної філософії, що створює умови для верховенства права¹.

Що ж стосується нормативного оптимізму, то тут потрібні ще величезні духовні зусилля. Поряд з обґрунтуванням він має потребу у практичному підтвердженні для подолання історично сформованої тенденції до правового нігілізму, недовіри стосовно можливостей здійснення нормативного регулювання.

Водночас слід зазначити, що до традиційних перешкод до виправдання верховенства права в Україні переважно світоглядного характеру додаються труднощі ситуативного характеру, пов'язані з війною, політичною та економічною кризою.

Виникає криза довіри до права, закону, процедурних обмежень. Факти несправедливості стимулюють установлення справедливості у суб'єктивному розумінні без апеляції до закону або прав інших — тобто принцип «революційної доцільності» та суб'єктивно витлумаченої справедливості з сумішшю мотиву помсти. Це все ще більшою мірою актуалізує необхідність принципового екзистенціального емоційного вибору на користь верховенства права на кшталт одного із «подвигів» Мюнхгаузена з витягування себе із болота повсякденності за волосся завдяки вірі у можливість такого стану, де будуть подолані корупція, несправедливість, несвобода, правова нерівність тощо.

Повернемося до ситуації виправдання верховенства права через власний екзистенціальний вибір. Що здатне зрушити нас зі сфери простих розмов про верховенство права до реальної зміни суспільства, до реалізації цієї ідеї, цих принципів у нашому житті? Чи дійсно ми маємо бажання бути по-справжньому раціональними, дискурсивними, тобто тими, хто здатен і бажає жити в суспільстві, в якому все прозоро, всі діють за законом, і все те, чому навчають на юридичних факультетах, в юридичних вишах, що виступає певною ідеальною конструкцією, буде реалізоване в нашому житті? Отже, чи готові ми до цього, чи приймаємо ми таке рішення? Якщо приймаємо, то діємо, а якщо ні, то нема обґрунтування тих самих прав людини, вони для нас лише предмет обговорення, ми будемо продовжувати читати курси про права людини, про їх філософію, про способи їх реалізації. Так само ми маємо підійти і до конструкції верховенства права: на рівні дискурсу в нас все виходить, але на рівні екзистенціальної самоідентифікації — хто ми і чи готові зробити цей вибір для того, щоб жити в цих умовах, для того, щоб надати кожному можливість на рівних брати участь у

¹ Щодо поєднання емоційних та раціональних аспектів ідеології Майдану слушною є така її оцінка: «З ідеологічного погляду Майдан був досить цікавою сумішшю, цікавим ідейним “коктейлем”. Емоційно він був патріотично-націоналістичним. Раціонально, на рівні розуму, він був ліберальним: гасла Майдану — гідність, права людини, верховенство права тощо — були ліберальними. Але організаційно він був лівим: це був простір без грошей, простір комуни, простір взаємодопомоги. Він був правим на рівні емоцій, він був ліберально-центристським на рівні розуму, і він був лівим на рівні організації. Його душа була правою, його розум був центристським, його тіло було лівим» [30, с. 9].

реальному обміні цими капіталами — і матеріальними, й ідеальними? Класики філософії права прописали цей ідеал, який дійсно є регулятивною ідеєю, але реалізація якого на практиці пов'язана із нашим екзистенціальним вибором: хто ми і ким ми хочемо бути. Якими ми себе виберемо, таким і вибудується наше життя.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Тэффт Дж.* Встановлення верховенства права в Україні: розбудова модерного суспільства / Дж. Тэффт [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/columns/2012/04/19/6963027/>
2. *Верховенство* права на національному и международном уровнях : Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 4 декабря 2006 года. 69/31 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/39
3. *Доклад* о верховенстве права : утвержден Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 года) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus)
4. *Максимов С.* Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах: XXVI Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії (21–26 липня 2013 р., Белу-Оризонті, Бразилія) / С. Максимов // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2013. — № 2. — С. 358–366.
5. *Tamanaha, Brian Z.* On the Rule of Law: History, Politics, Theory. — Cambridge, 2004. Укр. пер.: Таманага, Браян. Верховенство права: історія, політика, теорія / Браян Таманага ; пер. з англ. А. Іщенка. — К. : Вид. дім «Києво-Могил. акад.», 2007. — 208 с.
6. *The Rule of Law: History, Theory and Criticism* / ed. by Costa, Pietro and Zolo, Danilo. — Springer : Dordrecht, 2007. — 695 p.
7. *The Rule of Law in Comparative Perspective* / ed. by M. Sellers and T. Tomaszewski. — Springer : Dordrecht Heidelberg London New York, 2010. — 253 p.
8. *Крігер М.* Чому верховенство права є надто важливим, щоб лишати його юристам / М. Крігер // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2014. — № 1–2 — С. 323–349.
9. *Головатий С.* Верховенство права : у 3 кн. / С. Головатий — К. : Фенікс, 2006.
10. *Козюбра М.* Верховенство права і Україна / М. Козюбра // *Право України.* — 2012. — № 1–2. — С. 30–63.
11. *Філософія права і загальна теорія права.* — 2013. — № 1 — С. 15–72; № 2 — С. 155–214.
12. *Селлерз М.* Право, розум та емоції / М. Селлерз // *Філософія права і загальна теорія права.* 2014 — № 1–2. — С. 209–228.
13. *Алекси Р.* Дуальна природа права / Р. Алекси ; пер. с англ. С. Максимова // *Право України.* — 2011. — № 1. — С. 45–58.
14. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права / Б. А. Кистяковский. — М. : Изд. М. и С. Сабашниковых, 1916. — IV, 704 с.
15. *Максимов С. І.* Ідея правової держави в контексті становлення та розвитку європейської правової культури / С. І. Максимов // *Проблеми філософії права.* Т. VI–VII. К. ; Чернівці : Рута, 2009. — С. 102–111.

16. Максимов С. Конституційний принцип верховенства права: загальне та особливе / С. Максимов // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2009. — № 3 (58). — С. 127–134.
17. Погребняк С. Верховенство права в Україні: передумови та перспективи / С. Погребняк // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 29–36.
18. Максимов С. І. Кантівський проект правового суспільства і нові демократії / С. І. Максимов // Проблеми філософії права. — Т. IV–V. — К. ; Чернівці : Рута, 2008. — С. 17–23.
19. West Robin L. Re-Imagining Justice. Progressive Interpretation of Formal Equality, Rights, and the Rule of Law. / Robin L. West. — Ashgate : Cornwall, 2003. — 192 p.
20. Філософія правового виховання : навч. посіб. / за ред. А. П. Гетьмана, О. Г. Данильяна. — Х. : Право, 2012. — 248 с.
21. Валицкий А. Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX — начала XX веков / А. Валицкий // Вопр. философии. — 1991. — № 8. — С. 25–40.
22. Коробка В. Н. Правовое мировоззрение : [в 2 ч.]. Ч. 1 : Становление и развитие / В. Н. Коробка. — Донецк : Дон. юрид. ин-т Луган. гос. ун-та им. Э. А. Дидоренко, 2008. — 152 с.; Ч. 2 : Природа, место и роль в механизме правового регулирования, значение для правовой политики современного социально-демократического государства / В. Н. Коробка. — Донецк : Дон. юрид. ин-т Луган. гос. ун-та им. Э. А. Дидоренко, 2010. — 244 с.
23. Рабінович П. М. Формування основ правового світогляду, правової свідомості та правової культури шкільної молоді (теоретико- й соціолого-правове дослідження) / П. М. Рабінович, Т. В. Бачинський. — Львів : Вид-во ЛОБФ «Медицина і право», 2015. — 224 с.
24. Вовк Д. Верховенство права и религиозная свобода: проблемы равенства / Д. Вовк // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Ст. учасн. ювіл. X Міжнар. кругл. столу (м. Львів, 12 – 13 груд. 2014 р.) : у 2-х ч. — Вид. 2-ге, допов. — Львів : Галицька Вид. Спілка, 2015. — Ч. I. — С. 72–96.
25. Вест Р. Правові емоції / Р. Вест // Філософія права і загальна теорія права. — 2015. — № 1–2. — С. 17–39.
26. Варга Ч. Верховенство права, або дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування / Ч. Варга ; пер. з англ. С. Максимова і Н. Сатохіної // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 48–64.
27. Алексі Р. Існування прав людини / Р. Алексі ; пер. з англ. С. Максимова // Право України. — 2011. — № 8. — С. 121–130.
28. Дворкін Р. Верховенство права / Р. Дворкін // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 15–23.
29. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секр.), Ю. Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. — 2-ге вид., переробл. і допов. — Х. : Право, 2011. — 1128 с.
30. Ідеології Майдану : кругл. стіл «Філософської думки» // Філософська думка. — 2014. — № 6. — С. 5–28.

Максимов С. І. Верховенство права: апофеоз розуму чи результат емоційного вибору?

Анотація. У статті верховенство права розглядається як універсальний стандарт і ознака цивілізованості правової системи, комплексний феномен, у якому вирізняються ідеальний та реальний виміри, здійснюється подвійне розширення ідеї верховенства права: як суспільство верховенства права і як правовий світо-

гляд. Філософським ядром такого світогляду виступає образ людини як індивіда, що має онтологічний і аксіологічний пріоритет. Доповнює цей образ настанова на скепсис по відношенню до чинної влади й віра в можливості нормативного стримування владного свавілля.

Орієнтуючись на передбачуваність та прозорість діяльності державних органів та інших суб'єктів права, верховенство права виступає втіленням розуму в правовому регулюванні. Однак воно має й чуттєво-емоційну сторону, яка проявляється в процесі його обґрунтування і виражається через специфічні моменти в здійсненні ідеї верховенства права в різних культурах. Для суспільств, які ще тільки прагнуть утвердити верховенство права, визначальним є екзистенціальне рішення про власну ідентичність як суб'єкта, здатного у своїх поведінкових моделях здійснювати вимоги цього принципу.

Український досвід верховенства права є суперечливим. В Україні відсутні культурні перешкоди для визнання верховенства права й організації суспільної поведінки відповідно до нього. Проте мають місце певні об'єктивні та суб'єктивні обставини, що ускладнюють цей процес. До традиційних перешкод до виправдання верховенства права переважно світоглядного характеру додаються складності ситуативного характеру, пов'язані з війною, політичною та економічною кризою.

Ключові слова: верховенство права, розум, емоції, правовий світогляд, правове суспільство, індивідуалізм.

Максимов С. И. Верховенство права: апофеоз разума или результат эмоционального выбора?

Аннотация. В статье верховенство права рассматривается как универсальный стандарт и признак цивилизованности правовой системы, комплексный феномен, в котором различаются идеальное и реальное измерения, осуществляется двойное расширение идеи верховенства права: как общество верховенства права и как правовое мировоззрение. Философским ядром такого мировоззрения выступает образ человека как индивида, обладающего онтологическим и аксиологическим приоритетом, а также дополняющие этот образ установка на скепсис по отношению к действующей власти и вера в возможности нормативного сдерживания властного произвола.

Ориентируясь на предсказуемость и прозрачность деятельности государственных органов и других субъектов права, верховенство права выступает воплощением разума в правовом регулировании. Однако оно имеет и чувственно-эмоциональную сторону, которая проявляется в процессе его обоснования и выражается через специфические моменты в осуществлении идеи верховенства права в разных культурах. Для обществ, которые еще только стремятся утвердить верховенство права, определяющим является экзистенциальное решение о собственной идентичности как субъекта, способного в своих поведенческих моделях осуществлять требования этого принципа.

Украинский опыт верховенства права является противоречивым. В Украине отсутствуют культурные препятствия для признания верховенства права и организации общественного поведения в соответствии с ним. Однако имеют место некоторые объективные и субъективные обстоятельства, затрудняющие этот процесс. К традиционным препятствиям для оправдания верховенства права преимущественно мировоззренческого характера добавляются сложности ситуативного характера, связанные с войной, политическим и экономическим кризисом.

Ключевые слова: верховенство права, разум, эмоции, правовое мировоззрение, правовое общество, индивидуализм.

Maksymov S. Rule of Law: the Apotheosis of Reason or the Result of an Emotional Choice?

Summary. The rule of law as a universal standard and sign of civilized legal system, a complex phenomenon which contains ideal and the real measurements is regarded in the article. A double extension of the rule of law idea is carried out: as a rule of law society and as a legal world outlook. Philosophical core of this outlook is the image of man as an individual possessing an ontological and axiological priority, as well as orientation on the skepticism with respect to the current government and belief in the possibility of regulatory deter of arbitrary power.

Focusing on the predictability and transparency of the activities of state bodies and other subjects of law, the rule of law acts as the embodiment of reason in legal regulation. However, it has also a sensual-emotional side, which manifests itself in the process of justification and is expressed in terms of specific issues in the implementation of the rule of law idea in different cultures. For societies that have yet only to seek to establish the rule of law, the determining factor is the existential decision about person's own identity as a subject capable in his behavioral patterns to carry out the requirements of this principle.

Ukrainian experience of the rule of law is controversial. In Ukraine there are no cultural barriers to the recognition of the rule of law and organization of social behavior in accordance with it. However, there are some objective and subjective circumstances, which impede this process. The traditional obstacles to justify the rule of law, which have predominantly ideological character, include situational complexities related to the war, the political and economic crisis.

Key words: the rule of law, reason, emotion, legal outlook, law ruled society, individualism.

ПРАВО ЯК ЕМОЦІЯ ОБОВ'ЯЗКУ: КОНЦЕПЦІЯ НОРМАТИВНОЇ МОТИВАЦІЇ Л. Й. ПЕТРАЖИЦЬКОГО¹

О. ТИМОШИНА
доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії
та історії держави і права
(Санкт-Петербурзький
державний університет, Росія)



Розроблена Л. Петражицьким (1868–1931) концепція нормативної мотивації є однією з найважливіших частин філософсько-правового проекту науковця. Поняття нормативної мотивації, розглянуте в перспективі його загальної соціології і теорії права як теоретичних наук і політики права як практичної науки², могло б дати нам відповіді на три питання. *Перше*, що утворює, на думку вченого, предметне поле соціології, — це питання про *генезу й еволюцію* нормативної мотивації, тобто опосередкованих мовою соціопсихічних процесів *sui generis*. Саме в такій — еволюційній — перспективі розкривається соціальний і водночас етичний зміст цих процесів, «несвідомо-геніальна» мета яких, переконаний Л. Петражицький, — це соціальне пристосування людини, що характеризується пануванням альтруїстичної мотивації її поведінки. У ракурсі *теорії права*, предмет якої, в інтерпретації правознавця, утворюють проблеми соціопсихічного *буття* права та його мотиваційної дії, можна поставити *друге питання*, що розкривається в кількох формулюваннях: як можливе *існування належного*, або — які підстави зобов'язуючої сили права, або — як можливий правопорядок? При цьому гіпотеза еволюційного характеру процесів правової мотивації, яку можна визнати конститутивною ознакою його соціології, утворює ту перспективу, що дозволяє в межах теорії права дослідити ціннісно-нормативні та соціокультурні аспекти дії права. Нарешті, *третє*, найскладніше, *питання* — питання практичної науки *політики права*: яким має бути позитивне право (законодавство), щоб викликати в людини емоції, орієнтовані на благо інших людей, формувати мотивацію, «кристалізація» якої в рисах народного характеру наближувала б людство до кінцевої мети еволюції права? Або інакше, як формулював це питання політики права сам Л. Петражицький, на яких струнах людської душі повинен грати законодавець?

¹ Переклад з російської С. Прийми.

² Про предметне розмежування цих наук в інтерпретації Л. Й. Петражицького та їх методології див.: [1].

Повна відповідь Л. Петражицького на *перше питання*, очевидно, містилася у трьох його рукописах і конспекті лекцій із соціології, котрі він читав у Варшавському університеті. Проте всі ці матеріали, збережені вдовою науковця, були втрачені під час Другої світової війни (більш детально про це див.: [2]). Відповідь правознавця на питання про генезу нормативної мотивації нам невідома; можна лише приблизно уявити його бачення тенденції соціокультурної еволюції права (більш детально про це див.: [3, с. 454–463]).

Ідеєю, що надихнула філософсько-правовий задум ученого, було уявлення про право як про психосоціокультурне явище, існування якого є вираженням недостатнього соціопсихічного пристосування людини і яке разом з тим становить найбільш ефективний, порівняно з іншими мотиваційними системами (наприклад, моральністю), «інструмент» такого пристосування. Л. Петражицький виокремлює три взаємопов'язані тенденції в еволюції права: *по-перше*, тенденцію зростаючих вимог до соціальної поведінки; *по-друге*, тенденцію покращення якості мотивації правомірної поведінки, відповідно до якої право поступово «змінює засоби мотивації в сенсі звернення до кращих, більш високих і розумних струн душі» [4, с. 22]; *по-третє*, тенденцію низхідної прогресії мотиваційного тиску права. Таким чином, можна дійти висновку, що, на думку Л. Петражицького, головною тенденцією соціокультурної еволюції права є його поступове зникнення з «переліку» мотиваційних процесів, котрі визначають соціальну поведінку. Як тенденцію тогочасного *публічного права* вчений розглядає сформоване в результаті еволюції правової свідомості сприйняття державної влади в сенсі «права соціального служіння», з яким пов'язується уявлення про обов'язок реалізації цього права відповідно до загального блага підлеглих. У *приватному праві* цьому відповідає тенденція до заміщення егоїстичних і корисливих мотивів господарської діяльності «соціально-службовою» мотивацією, що в перспективі може призвести до встановлення соціалістичного «правового ладу». Соціалістичне право розглядалося вченим як необхідний етап у соціокультурній еволюції права, оскільки його мотиваційна дія спрямована на атрофію егоїстичних елементів соціального характеру (схильності до жадібності, наживи), вироблених попереднім правом, і, таким чином, сприяє досягненню кінцевої мети права — пануванню альтруїстичної мотивації.

На *третє питання* політики права Л. Петражицький дав вельми загальну відповідь, хоча саме це питання, що сформульоване ще в берлінський період його творчості та відображає його ідею про взаємодоповнюваність теоретичного та практичного знання, лежить в основі філософсько-правового задуму вченого. Реалізація проекту правової політики як практичної юридичної науки, покликаної, на його переконання, сприяти здійснюваному в історії (за допомогою права) етичному прогресові, наштовхнула вченого на усвідомлення того, що без міцного теоретико-методологічного фундаменту її практичні рекомендації виявляться лише конструкціями, що висять у повітрі. З необхідності вирішення прикладних питань правової політики виникає цілісна філософсько-правова програма Л. Петражицького: він послідовно розвиває концепцію правової мотивації, в якій розкриваються «механізми» мотиваційної та педагогічної дії права; починає розробку логічних і методологічних основ соціогуманітарного знання та вибудовує відповідно до цього власну теорію права та моралі як двох «гілок» етики; з метою розкриття «загадкової цілеспрямованості» еволюційного розви-

тку культури, що історично спостерігається, працює над створенням загальної соціології як універсальної теорії соціальних процесів. Однак ідея Л. Петражицького щодо раціональної непередбачуваності «поведінки» соціального об'єкта [5, с. 639–648; 3, с. 438–441], що була сформована ним уже в 1920-ті рр., зайшла в очевидну суперечність з його більш раннім задумом науки політики права як свого роду «соціальної інженерії за допомогою права», за оцінкою Я. Горецького [6, с. 115]. Імовірно, цим пояснюється те, що його концепція політики права, основні положення якої були розроблені ним ще в Берліні, не набула подальшого розвитку, хоча посада професора законодавчої політики у Вільному Польському університеті, яку він обіймав з 1922 р. і до смерті, начебто цьому сприяла.

Таким чином, залишається тільки *друге* — теоретичне — *питання*, відповідь на яке дозволить нам поставити під сумнів два усталених судження про теорію права Л. Петражицького: 1) тезу про позитивістський характер її методологічних основ; 2) тезу про її однобічний психологічний характер.

На думку Л. Петражицького, створення «наукової теорії мотивації поведінки є необхідною умовою для наукового побудування... дисциплін..., які мають справу з людською індивідуальною та масовою поведінкою, із соціальними явищами, їх історією тощо». При цьому він вважає глибоко помилковими та «особливо шкідливими» панівні в соціальних науках як гедоністичну теорію мотивації, що виходить із тези про егоїстичну природу людини, так і запропоновану марксистською соціологією інтерпретацію мотивів соціальної поведінки як виключно матеріалістичних [7, с. 511–512]. «Поступовий етичний прогрес, — відзначав Л. Петражицький, — взагалі має усунути детермінацію соціальної поведінки економічними інтересами» [8, с. 219]. Цим концепціям, що характеризуються вченим як моністичні та антиісторичні, він протиставляє власну теорію мотивації, називаючи її *плюралістичною* й *еволюційною* (історичною) [9, с. 38].

Для Л. Петражицького, як відомо, право є фактом психічного життя суб'єкта: імперативно-атрибутивні емоції (на відміну від виключно імперативних емоцій — моральних) — це не емоції у зв'язку з правом або з приводу права, це саме право. На питання про те, що є підґрунтям зобов'язуючої сили права, Л. Петражицький дає цілком певну відповідь: «джерело авторитетності й обов'язковості права взагалі... знаходиться не в якихось зовнішніх подіях, зокрема, не в чиїх-небудь веліннях, а в *емоціях обов'язку* (курсив мій. — О. Т.), що можуть... поєднуватися з ...уявленнями вельми різноманітних нормативних фактів...» [9, с. 428].

Емоції обов'язку, або етичні емоції, двома видами яких є моральні та правові емоції, становлять мотиваційні психічні процеси, що обумовлюють поведінку людини. Загальною специфічною особливістю етичних (як моральних, так і правових) емоцій є їх *бланкетний* характер, тобто ці емоції не детермінують безумовно «не тільки окремих випадків, а навіть і загального характеру й напряду акцій і можуть служити спонукою до будь-якої поведінки» [9, с. 29]. Поведінка в цьому разі пов'язується із супутніми означеним емоціям інтелектуальними уявленнями, передусім з *акційними* уявленнями, тобто уявленнями «образу вчинку», що й викликають відповідні емоційні процеси як мотиви до тієї чи іншої поведінки.

Хоча правові емоції можуть бути мотивами і соціально шкідливих вчинків, Л. Петражицький пояснює вибір соціально корисної поведінки соціально-пси-

хічним пристосуванням, у процесі якого правові емоції поступово набувають «такого змісту, що відповідає загальному благу в мотиваційному та виховному розумінні; вони діють взагалі на користь соціально бажаної і проти соціально шкідливої поведінки та виховують у напрямі розвитку й посилення соціально бажаних звичок і емоційних схильностей та послаблення й викоринення соціально шкідливих звичок і схильностей» [9, с. 127].

Л. Петражицький пояснює це на такому прикладі: «Якщо чесній людині пропонують скоїти, наприклад, за гроші чи інші вигоди обман, лжесвідчення, наклеп, отруєння когось-небудь тощо, то саме уявлення таких “бридких”, “злих” вчинків викликає репульсивні емоції, що відвертають від цих дій, і при цьому достатньо сильні репульсії, аби не допустити виникнення аттрактивних емоцій на адресу обіцяних вигод і ...придушити такі мотиви в разі їх появи». Мотивацію поведінки, в якій наявні акційні уявлення, що обумовлюють відповідні емоції, Л. Петражицький називає *акційною, нормативною* або *самодостатньою* мотивацією; *самодостатньою* у тому сенсі, що «тут непотрібно ніяких сторонніх, цільових та інших пізнавальних процесів, а *достатньо уявлення самої поведінки* (курсив мій. — О. Т.), щоб знайти імпульси за чи проти неї» [9, с. 35].

Інакше кажучи, на думку Л. Петражицького, саме усвідомлення свого правового обов'язку є необхідним і достатнім мотивом його виконання безвідносно до можливих несприятливих наслідків його невиконання, уявлення яких, поряд з уявленнями різного роду вигод, учений розглядає як «непряму допоміжну мотивацію» та чітко відокремлює її від основної — «специфічно-правової» [9, с. 543].

Очевидно, що акційні уявлення, переживання яких лежить в основі всіх етично значущих вчинків, не є ціннісно-нейтральними, інакше вони не могли б викликати репульсивні (ті, що заперечують) чи апульсивні (ті, що схвалюють) емоції. Уявляється, що висновок, який ми можемо обґрунтовано зробити, полягає в тому, що «зобов'язуючою силою» володіє емоційне *переживання* суб'єктом *самодостатньої цінності* уявленої поведінки — позитивної чи негативної, — що мотивує суб'єкта до певної поведінки, котра, таким чином, виявляється ціннісно обумовленою. Відповідно й самодостатня мотивація є за своєю природою ціннісною мотивацією. Г. Нанейшвілі — учень Л. Петражицького — розвивав його теорію в феноменологічному напрямі і, коментуючи обґрунтовану вчителем емоційну концепцію мотивації, писав: «“брехня ганебна”, “слід завжди говорити правду” тощо — ці положення мають сенс не через те, що вони приносять якусь користь... а тому, що в них міститься самозрозуміла властивість цінності» [10, с. 67].

Етичні переживання мають нормативний характер, тобто мотивують суб'єкта на дослідження того, що він переживає як належне, внаслідок чого Л. Петражицький називає етичні, в тому числі правові, емоції *нормативними*. Учений описує психологічний механізм зобов'язування, а фактично навіть при дії *правових* емоцій — самозобов'язування суб'єкта, що обумовлюється властивостями самих етичних емоцій та виключає будь-які зовнішні джерела детермінації поведінки.

Слід звернути увагу на позначення вченим етичних емоцій як нормативних: нормативний сенс правового переживання виражається в тому, що воно мотивує суб'єкта на реалізацію належного. Л. Петражицький так наполегливо повторював тезу про те, що правові норми становлять лише «емоційні проєкції», «фантазми», що дослідники не звернули увагу на такий момент: у теорії права

вченого наявний другий зміст поняття правової норми. Лише в єдиному місці «Теорії права та держави у зв'язку з теорією моральності» Л. Петражицький пише: «Існування та дія в нашій психіці безпосередніх поєднань акційних уявлень і репульсивних чи апульсивних емоцій, котрі заперечують або схвалюють відповідну поведінку, має прояв, між іншим, у *формі суджень*, таких, що заперечують або схвалюють відповідну поведінку, не як засіб для відомої мети, а само по собі, наприклад, “брехня ганебна”, “брехати не слід”, “необхідно говорити правду” і т. д. *Судження*, в основі котрих знаходяться такі поєднання акційних уявлень і репульсії чи апульсії, ми називаємо принциповими практичними (тобто *такими, що визначають поведінку*) судженнями або, коротше, нормативними судженнями, а їх змісти — принциповими правилами поведінки, принципами поведінки, або *нормами*. Відповідні диспозиції, диспозитивні судження ми називаємо принциповими, практичними, або *нормативними переконаннями* (курсив мій. — О. Т.)» [9, с. 35] ¹.

Отже, з цього міркування випливає, що норма права є змістом нормативного судження, інтерпретованого вченим відповідно до психологічної парадигми класичної логіки у вигляді емоційного акта, тобто емоції [7, с. 547–549], диспозицію якої він називає «нормативним переконанням». Специфічною особливістю нормативних суджень, як і нормативних (у тому числі правових) емоцій, є те, що вони, *по-перше*, заперечують або схвалюють певний тип поведінки «не як засіб для відомої мети, а самі по собі», *по-друге*, мотиваційно обумовлюють поведінку суб'єкта. Якщо врахувати також, що схема інтелектуального складу правових емоцій збігається з виокремленими самим ученим елементами структури правової норми, то можна зробити висновок про те, що під терміном «правова емоція» криється поняття правової норми — не як емоційної проекції, а як «реального» психічного явища — актуального переживання цінності належного, мотивуючого до його реалізації в поведінці. Відповідно повна схема інтелектуального складу правових емоцій чи, що ідентично, елементна структура правової норми, включає в себе: 1) об'єктні уявлення (об'єктів прав і обов'язків); 2) суб'єктні уявлення (суб'єктів прав і обов'язків); 3) уявлення релевантних, юридичних фактів; 4) уявлення нормативних фактів.

Найважливішою властивістю етичних, або нормативних, емоцій є їх «*містично-авторитетний характер*», вираження якого відбувається через те, що вони переживаються суб'єктом як «імпульси з вищим ореолом і авторитетом, котрі виходять ніби з невідомого, відмінного від нашого повсякденного “я”, таємничого джерела», котрим свідомість може вважати такі «містичні уособлення», як «Голос Божий», «голос сумління», «природа», «розум», «народний дух», «державна», «загальна воля» та інші метафізичні сутності, що отримали від свідомості суб'єкта здатність видавати авторитетні розпорядження та встановлювати права й обов'язки [9, с. 45–46].

¹ Пор.: «Під нормами ми розуміємо, по-перше, абсолютно обов'язкові правила поведінки, тобто правила, що спираються на переконання, котрі не обумовлені якими-небудь міркуваннями про цілі й інтереси, а, навпаки, безумовно зобов'язують нас і не припускають навіть (прагнуть придушити та виключити) думки щодо наших егоїстичних інтересів; по-друге, під нормами ми розуміємо власне зміст переконань, тобто власні психічні елементи того, кому ця норма властива, у жодному разі не чужі дії — веління якої-небудь слабкої чи сильної особи. І притому ми відносимо це не тільки до інтуїтивних (що само собою зрозуміло), а й до позитивних норм, і притому — не лише до звичаєвих норм права, а й до законів» [11, с. 339].

Таким чином, унаслідок «містично-авторитетного характеру» правових емоцій суб'єкт *уявляє* себе пов'язаним з *уявлюваним* ним уповноваженим суб'єктом *уявлюваним* імперативом, що видається *уявлюваним* зовнішнім авторитетом. «Об'єктивність» елементів правової реальності — правовстановлюючого авторитету, правових норм, правових обов'язків — виявляється в теорії Л. Петражицького сконструйованою людською свідомістю. Уявлення про них як про «об'єктивно» існуючі явища є лише наслідком описаного вище «наївного проектування» змісту правових емоцій (тобто гіпостазування відповідних понять) у простір зовнішнього світу: «...у силу емоційної проекції, — пише Л. Петражицький, — тому, хто переживає такі процеси, здається, що десь, нібито у вищому просторі над людьми, існує та царює відповідне категоричне й суворе веління чи заборона, наприклад, заборона брехні, а ті, до кого такі веління й заборони уявляються зверненими, знаходяться в особливому стані пов'язаності, обов'язку» [9, с. 51]. При цьому ставлення суб'єкта до проєктованих віддзеркалень правових емоцій «як до чогось реального, насправді існуючого там, куди воно ним віднесене», що спонукає шукати відповідні явища духовного світу — суб'єктів і об'єктів прав і обов'язків, самі права й обов'язки, правовідносини — «десь у просторі», Л. Петражицький називає проєкційною точкою зору, яка властива всім соціально-гуманітарним наукам і особливо теорії права [9, с. 49].

Зайвим є, очевидно, повторення тут хрестоматійних докорів на адресу теорії Л. Петражицького за крайній суб'єктивізм його поняття права. Дійсно, якщо, як відзначав Г. Нанейшвілі, «індивідуальне переживання є єдиною регулюючою силою», то «логічний розвиток теорії Петражицького приведе нас до справжнього анархізму» [10, с. 73]. Уявляється, разом з цим, що є принаймні два доречних питання щодо цієї схеми пояснення психологічного механізму «зобов'язуючої сили» права: 1) що є джерелом правових емоцій і 2) як можливий правопорядок або, інакше, — як можлива кореляція індивідуальних імперативно-атрибутивних емоцій, мотивуючих суб'єктів до координованої поведінки? Хоча з викладених вище положень теорії Л. Петражицького не випливає з очевидністю можливість такої кореляції, проте вчений вважав, що вона є «істотним і необхідним фактором соціального життя й соціального ладу», за відсутності якої «соціальний лад... не міг би існувати». Виділяючи два різновиди правової мотивації — *активну*, що виходить з усвідомлення нашого права й обов'язку іншого, та *пасивну*, що виходить з усвідомлення нашого обов'язку щодо уповноваженого суб'єкта, — вчений наголошує, що «соціальний правовий порядок ґрунтується на відповідності, координації двох родів поведінки, пасивній і активній правовій мотивації» [9, с. 130–131].

Принциповим положенням теорії Л. Петражицького є обґрунтування відмінності норми права від нормативного факту. Поняття нормативного факту не було для юридичної науки абсолютно новим. Так, погляд, відповідно до якого нормативний факт (видання закону, указу, утворення звичаю тощо) на відміну від юридичного факту встановлює, змінює чи скасовує норми права, М. Агарков вважав «класичним у науці права» [12]. Проте Л. Петражицький наділяє це поняття новим сенсом. Нормативні факти — це уявлювані суб'єктом, як існуючі в часі та просторі, дії, висловлювання і т. ін. суб'єктів (законодавців, суддів, релігійно-етичних авторитетів тощо), які викликають у психіці індивіда імперативно-атрибутивні (правові) емоції, мотивуючі до певної поведінки. Учений наголошує, що нормативні факти є не об'єктивними подіями як такими, а саме

уявлюваними фактами, необов'язково залежними від «об'єктивних» подій, що мали місце у світі простору та часу. Правові переживання, що містять у собі уявлення про нормативні факти як *підстави обов'язковості* (гетерономні правові емоції), якраз і утворюють, згідно з теорією Л. Петражицького, позитивне право як реальний феномен. Коментуючи поняття нормативного факту, Г. Гурвич відзначає, що позитивне право — це право, що *запозичує* свою *зобов'язуючу силу* із *зовнішніх... елементів* — із нормативних фактів... (курсив мій. — О. Т.), уявлення яких і викликає переконання в обов'язковості відповідної моделі поведінки [13, с. 348]. Прикладом такої гетерономної правової емоції може бути переживання обов'язку повернення боргу, *оскільки* — і далі здійснюється посилання на нормативний факт: «так встановлено законом» (законне право), «так вчив Христос» (право висловлювань релігійно-етичних авторитетів), «так чинили наші батьки» (звичаєве право), «так передбачено договором» (договірне право), «так вирішив суд» (право судової практики) тощо. На відміну від позитивного, інтуїтивне право становить автономні правові емоції, що виникають у психіці суб'єкта без опосередкування якими-небудь нормативними фактами, тобто, цитуючи Г. Гурвича, воно «набуває своєї *обов'язкової сили* в собі, а не в “нормативних фактах”» (курсив мій. — О. Т.) [13, с. 348].

Отже, у теорії Л. Петражицького можна встановити суперечності. З одного боку, «зобов'язуюча сила» права пояснюється вченим виключно властивостями самих правових емоцій, а з другого боку, вимагається наведення нормативних фактів як зовнішніх щодо психіки явищ як «підстави обов'язковості» позитивного права. Установленому вище змісту поняття зобов'язуючої сили права як іманентної правовим емоціям відповідає, мабуть, виключно інтуїтивне право, що містить зобов'язуючу силу в собі. Проте Л. Петражицький спеціально наголошує, що «не лише у сфері інтуїтивного, а й у сфері позитивного права, в тому числі законного, зовсім *не вимагається існування якихось сторонніх* “громадських” тощо *авторитетів*, велінь з їхнього боку, звернення вищої й більш сильної “волі” до більш слабкої “волі” і т. д.» (курсив мій. — О. Т.) [9, с. 428].

Таким чином, учений визнає, що й у сфері позитивного права, конституційованого наведеннями нормативних фактів, емоційне переживання суб'єктом самодостатньої цінності уявлюваної поведінки само по собі має зобов'язуючу силу. Разом з цим виникає запитання: чи є така мотивація, в основі якої лежить обґрунтування обов'язковості відповідної поведінки посиланням на нормативні факти, самодостатньою? Можливо, таку мотивацію слід віднести до ще одного виду виокремленої Л. Петражицьким мотивації — «основної», що припускає у вигляді підстав поведінки уявлення чогось такого, що вже трапилося, чи наявного, наприклад, «чужої дії», чим може бути і нормативний факт. Отже, цей вид мотивації припускає причинну обумовленість поведінки, що описується формулою «тому що...» [9, с. 33]. Проте основна мотивація не розглядається Л. Петражицьким як правова.

Крім того, принциповим питанням, що не було прояснене у психологічній теорії права, є питання про те, чому нормативні факти, як наявні у часі та просторі дії, висловлювання тощо суб'єктів (законодавців, суддів, релігійно-етичних авторитетів та ін.), інтерпретуються суб'єктами як такі, що мають нормативний сенс, чому «вони фактично діють нормативно, викликають відповідні позитивно-правові переживання»? Нормативність факту, за теорією Л. Петражицького, є саме результатом інтерпретації індивідуальною психікою

відповідного минулого чи уявлюваного факту, адже, на думку вченого, «таких категорій фактів, які б ...за своєю природою незалежно від інших умов неодмінно діяли нормативно у сфері правової психіки, немає й бути не може» [9, с. 416].

Запровадження Л. Петражицьким у свою теорію поняття нормативного факту, як індивідуально уявлюваного факту, тягне суперечності та парадокси, котрі не можуть бути подолані при такому суб'єктивістському розумінні його природи, що перетворює нормативність факту на результат «простої забаганки психіки людини» [10, с. 70–71]. Разом з цим у самій теорії Л. Петражицького можна відшукати вихідні передумови для подолання суперечності між «зобов'язуючою силою» як іманентною властивістю правових емоцій і конструкцією нормативних фактів як підстав обов'язковості позитивного права. Л. Петражицький пропонує звернути увагу на той очевидний факт, що «видані у належному порядку приписи інколи не стають законами для правового життя, не діють, *не викликають* відповідного *усвідомлення обов'язку* тощо, і взагалі не мають ніякого значення для правового життя або втрачають з плином часу силу та значення законів, причому... без будь-якого скасування» (курсив мій. — О. Т.) [9, с. 425], інакше кажучи, не є нормативними фактами. Очевидно, що ця ситуація не може пояснюватись простою забаганкою індивідуальної психіки. Дійсно, Л. Петражицький далі пише, що істотним є не дотримання формального порядку видання закону, а те, що «відповідний акт отримує *у цій державі* силу нормативного, тобто викликає відповідну імперативно-атрибутивну свідомість» (курсив мій. — О. Т.) [9, с. 426], а отже, отримує сенс нормативного факту в свідомості членів організованої соціальної групи.

Наведену суперечність у теорії Л. Петражицького можна вирішити, звернувши увагу на ту *соціокультурну* перспективу еволюції права «у бік загального блага», котра була світоглядним фундаментом його правової теорії, і поставивши просте запитання: чи може бути підставою правового обов'язку, наприклад, посилення на те, що так «сказав сусід, перехожий, внутрішній голос» та ін.? Хоча теорія вченого і припускає ствердну відповідь на це питання, однак у запропонованому ним відкритому переліку видів нормативних фактів і відповідно видів позитивного права такі курйозні «нормативні факти» все ж таки відсутні, очевидно, внаслідок того, що вони в принципі не можуть бути *загальноозначущою* основою суб'єктивних прав і правових обов'язків, а отже, не створюючи «соціальної координації поведінки», не можуть служити етичному прогресу, переконаність в існуванні якого була світоглядним підґрунтям теоретичних міркувань ученого.

Усе це свідчить про те, що вчений неявно виходив із презумпції про здійснюваний у процесі передбачуваного ним соціально-психічного пристосування соціальний «відбір» фактів, котрі могли бути інтерпретованими соціальною свідомістю як такі, що не мають нормативного сенсу. Його аналіз різноманітних видів позитивного права та нормативних фактів, які знаходяться в його основі, завжди містять у собі оцінку порівняльної цінності того чи іншого виду позитивного права з точки зору їх сприяння прогресу етичної культури та зростанню економічного добробуту [8, с. 187 і наст.]. Крім того, слід також узяти до уваги те претендування на загальноозначущість підстав суб'єктивних прав і правових обов'язків, котре, на думку Л. Петражицького, утворює істотну особливість правових емоцій і котре він називав уніфікаційною тенденцією, що властива лише

правовій психіці у зв'язку з процесами соціально-культурного пристосування та полягає у «виробленні та визнанні єдиного шаблону загальних норм» (курсив мій. — О. Т.) [9, с. 148].

Здатність нормативного факту викликати правові емоції або, цитуючи Л. Петражицького, служити їх «зовнішнім подразником», визначається, таким чином, легітимацією соціального факту як нормативного. Значну роль у процесі соціальної легітимації відіграє в теорії Л. Петражицького інтуїтивне право. Беручи до уваги всю проблематичність поняття інтуїтивного права як такого, що не спирається на нормативні факти, слід зазначити, що за допомогою цієї категорії вчений позначив наявні в соціальній свідомості — наприклад, «сучасного культурного суспільства» — уявлення про справедливе, а отже, про належне та нормативне. Учений розглядає узгодженість позитивного права з інтуїтивним як необхідну основу фактичного правопорядку. Саме через це навіть належним чином установлений закон може не набути значення нормативного факту внаслідок відсутності його соціальної легітимації: «Закон, що явно і серйозно суперечить обов'язку соціально-службової влади, обов'язку користування законодавчою владою не для особистих інтересів, а для сприяння загальному благу, а рівно вочевидь аморальний чи безглуздий і нісенітний закон теж виявилися б неспроможними породити відповідне позитивне право» [9, с. 416], тобто гетерономні правові емоції.

Таким чином, легітимований нормативний факт виступає як загальнознаюче інформаційне джерело тих моделей або типів поведінки — «образів вчинку», уявлення яких у свідомості суб'єкта «самі по собі» викликають імпульси до їх здійснення внаслідок бачення в них цінності. Тут важливо наголосити, що цінність уявлюваної моделі поведінки, котра мотивує до її здійснення, переживається суб'єктом у нерозривній єдності з цінністю авторитетно-нормативного факту, що її встановив, — божої заповіді, «веління» законодавця, рішення судді та ін., які в конкретній правовій культурі утворюють ієрархію, котра визначається їх різним ціннісним значенням, як *condition sine qua non* будь-якого правопорядку. Інакше кажучи, модель поведінки, котра у вигляді змісту акційного уявлення переживається як самодостатня цінність, безумовно мотивуюча суб'єкта до певної поведінки, не є анонімною, не існує у відриві від джерела її встановлення — соціально легітимованого нормативного факту, включеного до загальної ієрархії таких фактів.

Висновок, який можна зробити, полягає в тому, що у своїй теорії Л. Петражицький виходить із презумпції правопорядку, адже за межами соціокультурного контексту, контексту правопорядку цінність тієї чи іншої моделі поведінки та нормативного факту принципово не визначені, якщо тільки не розглядати їх у метафізичних категоріях природного права. Це припущення можна підтвердити таким прикладом.

Приклад із грабіжником, який вимагав у перехожого гаманець із погрозою позбавлення життя, виявився надзвичайно популярним у правовій теорії ХХ ст., ймовірно, у силу того, що за його допомогою наочно прояснюються відмінності між нормою права та наказом грабіжника, суб'єктивним правом і неправомірною вимогою, актом правомірного примусу та насильством, державою та розбійницькою зграєю. Цей приклад використовували Г. Кельзен, Г. Харт, К. Олівекрона та — задовго до того, як цей приклад став предметом їх міркувань, — Л. Петражицький.

На думку правознавця, не є нормою «вплив більш сильного на більш слабкого, що полягає у вираженні волі сильного (велінні), вимагаючої підкорення від слабого» під загрозою репресії, оскільки це «веління» не є нормативним фактом, тобто не «збуджує» правові (імперативно-атрибутивні) емоції та не створює для суб'єктів взаємних прав і правових обов'язків [11 с. 339]. Теорія «велін» не здатна пояснити конституювання прав і обов'язків, внаслідок чого ці поняття в її межах становлять свого роду «*dues ex machina*». Залишаючи цю тезу без аргументації, учений ілюструє її прикладом з мандрівником, який потрапив до рук зграї розбійників і виконує їх «веління» як «більш сильних» віддати гаманець, наголошуючи при цьому на взаємному усвідомленні відсутності обов'язку це зробити [9, с. 268]. Ситуація, аналогічна описаній згодом Г. Хартом, Г. Кельзенем і К. Олівекроною з тією ж метою — прояснити відмінності між наказами та нормами, дозволяє Л. Петражицькому виділити як відмінність між ними тривалість і постійність існування останніх [9, с. 264].

Разом з тим приклад Л. Петражицького з позицій теорії вченого, відповідно до якої нормативний факт — лише індивідуальне інтелектуальне «уявлення», що може не бути пов'язаним із відповідною «об'єктивною подією», уявляється парадоксальним або принаймні складно пояснюваним. Нормативні факти, як наголошує Л. Петражицький, на відміну від довготривалих правових норм, становлять явища «швидкоплинні, зникаючі, вже не існуючі після вимовлення відповідних слів... або підписання відповідного документа» [9, с. 264], і з цієї точки зору нормативні факти нічим не відрізняються від наказу розбійника, а отже, питання про те, чому цей наказ *для обох сторін* не має значення правовстановлюючого факту, залишається в Л. Петражицького не з'ясованим. Крім того, учений, виходячи з позиції радикального правового плюралізму, що припускає, зокрема, плюралізм нормативних фактів як підстав правових емоцій, визнає існування права в «постійних і організованих злочинних спільнотах» [9, с. 97]. Розглянуту ситуацію, таким чином, можна було б пояснити ціннісним конфліктом різних правопорядків, до яких належать особи, які беруть у ній участь, однак у цьому прикладі важливою є *взаємність визнання* відсутності конституційованого «наказом» правового обов'язку для «мандрівника».

Для прояснення теоретичного сенсу описаної Л. Петражицьким ситуації можна використати аналіз поняття наказу в його відмінності від норми, що був проведений К. Олівекроною. Визначаючи наказ як дію, за допомогою якої одна людина намагається вплинути на волю іншої, шведський правознавець наголошує, що до її істотних ознак не належить погроза чи обіцянка, котрі можуть підтримувати або посилювати наказ. На його думку, «це дещо вторинне» стосовно навіюючого характеру наказу. Найважливішою ж характеристикою наказу є те, що «вплив на волю здійснюють не через апелювання до тих речей, які є цінними для адресата наказу. *Наказ як такий не містить відсилань до цінностей*» (курсив мій. — О. Т.) [14, с. 680]. Якщо також узяти до відома, що Л. Петражицький вважає за потрібне встановити критерії відмежування організованої спільноти (у тому числі держави), влада в якій має «соціально-службове» значення, від «розбійницької зграї», то наведений вище приклад може бути пояснений тільки у разі припущення, що вчений, всупереч суб'єктивістським передумовам своєї теорії, фактично виходить із презумпції існування легітимного правопорядку — «*міцної координованої системи соціальної поведінки, що викликається правом, міцного й чітко визначеного порядку*, з яким окремим індивідам і масам можна та

доводиться погоджуватися...» [9, с. 577, 157–158], і в «межах» якого тільки й можлива спільність розуміння сенсу взаємних прав і обов'язків. Саме факт існування легітимного правопорядку — спільноти, в якій «процеси конституювання за допомогою права та створення права збігаються», згодом розглядався учнем Л. Петражицького Г. Гурвичем у вигляді фундаментального «нормативного факту», що є основою зобов'язуючої сили й ефективності правової норми [15, с. 146–147, 142].

«Застереження» Л. Петражицького про правопорядок, факт існування якого свідчить про загальність розуміння сенсу нормативних фактів і конституційованих на їх основі суб'єктивних прав і правових обов'язків, є, таким чином, додатковим аргументом на користь можливості соціологічної інтерпретації його теорії права. А. Валіцький пояснює, чому вчений «назвав свою теорію “психологічною”, а не “соціопсихологічною”, що, безумовно, було б точніше», оскільки фундатор «психологічної теорії права» насправді демонстрував «глибоко соціологічний підхід до психічних явищ». «Його інтенція здається зрозумілою, — пише польський дослідник, — він хотів підкреслити, що “соціальне” не існує “поза” або “над” особистістю» [16, с. 310, 299]. Крім того, зіставлення теорії мотивації Л. Петражицького з методологічними принципами соціологічного дослідження М. Вебера та А. Шюца, які припускали інтерпретацію мотивів соціальної дії, дозволяє зробити висновок про те, що вивчення мотивів поведінки у жодному разі не свідчить про психологічний характер такого дослідження, проте може бути розглянуте як необхідна складова частина соціологічного методу. У цьому контексті установка Л. Петражицького на дослідження мотивів правової поведінки може бути представлена як переслідуюча мета інтерпретації сенсу такої мотиваційно обумовленої поведінки (детальніше про це див.: [2; 3, с. 444–454]).

Таким чином, створена Л. Петражицьким своєрідна соціопсихічна модель зобов'язуючої сили права є, з одного боку, *соціокультурною*, в якій культурно обумовлені психічні процеси мотивації, що спираються на легітимовані нормативні факти, обумовлюють систему координованої соціальної поведінки, а з другого — *ціннісно-нормативною*, адже соціокультурний розвиток права припускає досягнення ідеалу діяльної любові у вигляді етичної мети, що визначає соціальну легітимність нормативних фактів і характер мотиваційних процесів, котрі, у свою чергу, визначають вибір суб'єктом соціально належного. Як відзначає Г. Гурвич, «метафізичний принцип любові береться як провідник при пошуку емоцій, а основне питання, відповісти на котре мусить психологія Петражицького, — це питання про те, яким чином любов, незважаючи на гедоністичні й інтелектуальні теорії, виявляється здатною безпосередньо регулювати людську поведінку» [13, с. 342].

Соліпсизм психологічної теорії права Л. Петражицького, в якій буття права обмежується індивідуальною свідомістю, є традиційно відзначаваною вадою його теорії, котра відкидає тій на її актуальні й значущі положення. Походження крайнього суб'єктивізму його теорії права зазвичай пов'язують із методологією позитивізму, зокрема емпіріокритицизму. Водночас у філософії права склалася дослідницька традиція, представники якої (М. Алексєєв, Г. Гурвич, Б. Више-славцев, Г. Нанейшвілі, А. Валіцький) вважали, що емоційний апріоризм Л. Петражицького має феноменологічний характер, оскільки його теорія спрямована на виявлення загальнозначущого змісту в актах свідомості, а отже, не

заслуговує на докір у суб'єктивізмі. Учені розглядають феноменологічний потенціал насамперед в аксіологічній теорії мотивації Л. Петражицького, в якій усі етично значущі вчинки обумовлені процесами переживання цінності певної поведінки у свідомості суб'єкта. Саме концепція нормативної чи самодостатньої мотивації Л. Петражицького та відкриття ним вищих — бланкетних — емоцій, створили традицію феноменологічної інтерпретації його теорії (детальніше про це див.: [1, с. 239–258]). Г. Нанейшвілі, останній голова організованого Л. Петражицьким студентського наукового гуртка з філософії права, який на початку 1920-х рр. слухав лекції Е. Гуссерля у Фрейбурзі, писав: теза Л. Петражицького про те, що «правові емоції як основні та первинні переживання є носіями та виразниками правових цінностей», становить «основне положення» його теорії, — це те, вважає вчений, що «в теорії Петражицького є значним, оригінальним і новим та що споріднює його теорію з цілою групою представників феноменології». Мабуть, можна погодитися з його поглядом: якщо звільнити теорію Л. Петражицького від усього того, що є несумісним з основною думкою цієї теорії, тобто з емоціональним апріоризмом, то ми «мали б вельми елегантну феноменологічну теорію права» [10, с. 68], а точніше — соціолого-феноменологічну.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого / Е. В. Тимошина. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 296 с.
2. Тимошина Е. В. Л. И. Петражицкий vs. Е. Эрлих: два проекта социологии права / Е. В. Тимошина // Правоведение. — 2013. — № 5. — С. 77–96.
3. Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Тимошина Елена Владимировна. — М., 2013. — 551 с.
4. Петражицкий Л. И. Введение в науку политики права / Л. И. Петражицкий // Теория и политика права : избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. — СПб. : Юрид. кн., 2010. — С. 3–184.
5. Петражицкий Л. И. Философские очерки. О так называемом критическом методе и о метафизике и практической философии Канта / Л. И. Петражицкий // Теория и политика права : избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. — СПб. : Юрид. кн., 2010. — С. 601–774.
6. Gorecki J. Social engineering through law / J. Gorecki // Sociology and jurisprudence of Leon Petrażycki / ed. by J. Gorecki. — Urbana ; Chicago ; London : Univ. of Illinois Press, 1975. — P. 115–132.
7. Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии / Л. И. Петражицкий // Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. — СПб. : Юрид. кн., 2010. — С. 380–560.
8. Петражицкий Л. И. Обычное право / Л. И. Петражицкий // Теория и политика права : избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. — СПб. : Юрид. кн., 2010. — С. 187–244.
9. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. — СПб. : Лань, 2000. — 608 с.
10. Нанейшвили Г. А. Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов / Г. А. Нанейшвили ; пер. с груз. А. А. Хочолава, Б. В. Саванели. — Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1987. — 104 с.

11. *Петражицкий Л. И.* Очерки философии права / Л. И. Петражицкий // Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. — СПб. : Юрид. кн., 2010. — С. 245–379.
12. *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков // Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. — М. : Статут, 2002. — Т. 2. — С. 333–360.
13. *Гурвич Г. Д.* Юридический опыт и плюралистическая философия права / Г. Д. Гурвич // Философия и социология права : избр. соч. ; пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной ; науч. ред. А. В. Поляков. — СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — С. 213–470.
14. *Оливекрона К.* Право как факт / К. Оливекрона ; пер. с англ. Е. Ю. Таранченко // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 669–752.
15. *Гурвич Г. Д.* Идея социального права / Г. Д. Гурвич // Философия и социология права : избр. соч. ; пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной ; науч. ред. А. В. Поляков. — СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — С. 41–212.
16. *Валицкий А.* Философия права русского либерализма / А. Валицкий ; пер. с англ. О. В. Овчинниковой, О. Р. Пазухиной, С. Л. Чижкова, Н. А. Чистяковой ; под науч. ред. С. Л. Чижкова. — М. : Мысль, 2012. — 567 с.

Тимошина О. В. Право як емоція обов'язку: концепція нормативної мотивації Л. Й. Петражицького

Анотація. Поняття нормативної мотивації Л. Петражицького може бути розглянуте в перспективі його загальної соціології та теорії права як теоретичних наук і політики права як практичної науки. Автор, розкриваючи це поняття передусім у ракурсі теорії права, пропонує відповідь на питання про те, як можливе існування належного чи які основи зобов'язуючої сили права? Робиться висновок про те, що нормативно-ціннісною основою зобов'язуючої сили права є емоційне переживання суб'єктом самодостатньої цінності типу належної поведінки. Автор спростовує тезу про позитивістський характер методологічних підвалин теорії права Л. Петражицького та демонструє можливість її феноменологічної інтерпретації.

Ключові слова: Л. Петражицький, психологічна теорія права, феноменологічна теорія права, емоційний апріоризм, нормативна мотивація, правові емоції, позитивне право, інтуїтивне право.

Тимошина Е. В. Право как эмоция долга: концепция нормативной мотивации Л. И. Петражицкого

Аннотация. Понятие нормативной мотивации Л. Петражицкого может быть рассмотрено в перспективе его общей социологии и теории права как теоретических наук и политики права как практической науки. Автор статьи, раскрывая данное понятие, прежде всего в ракурсе теории права, предлагает ответ на вопрос о том, как возможно существование должного, или каковы основания обязывающей силы права? Делается вывод о том, что нормативно-ценностным основанием обязывающей силы права является эмоциональное переживание субъектом самодовлеющей ценности типа должного поведения. Автор опровергает тезис о позитивистском характере методологических оснований теории права Л. Петражицкого и показывает возможность ее феноменологической интерпретации.

Ключевые слова: Л. Петражицкий, психологическая теория права, феноменологическая теория права, эмоциональный априоризм, нормативная мотивация, правовые эмоции, позитивное право, интуитивное право.

Timoshina E. Law as an Emotion of Ought: L. Petrazycki's Conception of Normative Motivation

Summary. L. Petrazycki's concept of normative motivation may be viewed in perspective of his general sociology and theory of law as theoretical sciences and legal policy as practical science. Discovering this concept first of all in the aspect of theory of law the author proposes an answer to the question how the existence of ought is possible or what are the grounds of the obligatory power of law. Author makes the conclusion, that emotional experience of the self-sufficing value of the appropriate conduct by the subject is the normative-axiological ground of the obligatory power of law. Author rejects thesis about positivistic character of methodological grounds of L. Petrazycki's legal theory and indicates the opportunity of its phenomenological interpretation.

Key words: L. Petrazycki, psychological theory of law, phenomenological theory of law, emotional apriorism, normative motivation, legal emotions, positive law, intuitive law.

РАЦІОНАЛЬНО-ЕМОЦІЙНА МАТРИЦЯ ПРАВОСВІДОМОСТІ ЯК ПІДГРУНТЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Ю. КАЛИНОВСЬКИЙ
*доктор філософських наук,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Правове регулювання є ефективним, коли діяльність суб'єктів його реалізації приводить до суттєвого впливу на правосвідомість соціальних груп, людини та суспільства в цілому. У зв'язку з цим особливої актуальності набуває дослідження раціональних та емоційних структурних компонентів суспільної правосвідомості, які становлять ментально-історичну, психо-генетичну, культурно-історичну матрицю її існування. Правове регулювання соціальних відносин передбачає наявність системи багатоканальних впливів як на раціональні, так і на емоційні елементи суспільної правосвідомості. У свою чергу, структурні елементи правосвідомості обумовлюють особливості реалізації системи правового регулювання, інтерпретації правових норм та цінностей.

Виходячи з наведеного вище, метою нашого дослідження є визначення основних характеристик структурних елементів (констант) раціонально-емоційної матриці суспільної правосвідомості як підґрунтя для здійснення правового регулювання.

На нашу думку, найбільш адекватною методологією дослідження цієї проблеми є інтерсуб'єктивістська парадигма, яка дозволяє простежити динаміку взаємовпливів емоційних та раціональних чинників правосвідомості в комунікативно-правових регулятивних практиках. У нашій науковій розвідці під раціонально-емоційною матрицею суспільної правосвідомості ми будемо розуміти структурні елементи (константи) цього феномену, які є відносно стабільними в історичному часі існування етнонаціональної спільноти й особливості прояву яких у поведінкових актах різноманітних суб'єктів можуть бути покладені в основу розробки методів та методик правового регулювання.

У цьому контексті зазначимо, що В. Нерсесянц поділяв правове регулювання на таке, що існує в абстрактно-загальній формі та передбачає, що норма права ще не має конкретизуючого регулятивно-правового значення стосовно конкретної поведінки конкретної особи в конкретних умовах, та на правове регулювання у гранично-конкретизованій формі — це конкретизуюча регулятивно-правова дія норми права стосовно конкретної поведінки конкретної особи в конкретній ситуації [1, с. 476]. Для нашого дослідження, що базується

на інтерсуб'єктивістській методології, особливо важливе останнє визначення правового регулювання, яке акцентує увагу на впливі на правосвідомість об'єктів правового регулювання (людини, суспільства, соціальних груп тощо) з метою розвитку в них правових навичок, правових звичок, фіксації тих або інших правових настанов.

Для здійснення дієвого впливу на суспільну правосвідомість варто чітко розуміти сам механізм правового регулювання, який, на думку фахівців, містить три складові: правовідносини; юридичні норми; акти реалізації суб'єктивних прав та обов'язків [2, с. 742]. Вочевидь, константи індивідуальної та суспільної правосвідомості наповнюють механізм правового регулювання конкретним змістом. Така обумовленість пов'язана з тим, що реалізація правових норм, характер та особливості правовідносин напряду залежать від рівня розвитку правосвідомості всіх учасників правової взаємодії, їх внутрішньої налаштованості на дотримання норм права.

Аналізуючи раціонально-емоційну матрицю правосвідомості, ми не ставимо за мету детально досліджувати правову ідеологію, оскільки згідно з інтерсуб'єктивістською парадигмою право є результатом взаємодії різноманітних суб'єктів в тій або іншій правовій ситуації, яка актуалізує волю, знання, емоції, інтуїцію акторів конкретних правових дій. Фактично реалізація правових норм, а як наслідок — розвиток правосвідомості, напряду залежить не стільки від правової ідеології, скільки від правової психології.

Досліджуючи, правову психологію, зауважимо, що правосвідомість складається з раціональних компонентів, але її підґрунтя містить ірраціонально-емоційні елементи, оскільки сама ментальна матриця суспільної правосвідомості вбирає в себе багато архаїчного, непідвладного розуму. Так, А. Окара, спираючись у своїх роздумах на вчення відомого дослідника І. Ільїна і солідаризуючись з ним, підкреслює, що у правосвідомості фіксуються не тільки «знання» і «мислення», а й уявлення, воля, почуття, людська душа, людський інстинкт [3, с. 85]. Тобто правосвідомість певною мірою є ареною боротьби раціональних та ірраціонально-емоційних компонентів, але домінуючими є фактори самоконтролю й самозобов'язання.

На індивідуальному рівні розвинена правосвідомість зумовлена активізацією таких раціональних компонентів, як самооцінка, самоконтроль, самопізнання, самоідентифікація щодо існуючої правової системи, місця конкретної людини в ній. Із розвитком раціональних компонентів правосвідомості у людини прогресує здатність критично сприймати право, розуміти шляхи його вдосконалення, визначати своє місце у правових процесах суспільства, застосовувати існуючі правові механізми для захисту власних інтересів тощо.

У підсумку наведені вище компоненти є основою правової самосвідомості, яка виступає дієвим регулятором правової поведінки та суспільного правопорядку в цілому. І. Ільїн був переконаний у тому, що людина повинна добровільно дотримуватись законів держави, намагатися адекватно їх розуміти і підкорятися їм, виходячи з почуття вільного обов'язку. Незважаючи на те, що ці закони людина може розцінювати як формальні й зовнішні, вона повинна прийняти їх як самозобов'язання й чітко їх дотримуватись. Це необхідно, на думку цього вченого, виходячи з таких причин. По-перше, тому що в саму сутність права і правопорядку входить ця здатність — самовдосконалюватися шляхом лояльної покірності громадян. При цьому кожний здоровий правопорядок відкриває гро-

мадянам можливість боротися за нові, кращі закони і за новий порядок життя, перебуваючи у лояльності щодо чинних законів. По-друге, громадянин має добровільно визнавати і дотримуватись законів своєї Батьківщини, оскільки це є єдиним засобом підтримування правопорядку і водночас залишатись вільним у ньому. Людська історія підтверджувала багато разів, що краще користуватися більш обмеженою системою суб'єктивних прав дійсно забезпечених, ніж бачити, як безмежне коло суб'єктивних домагань нехтується свавіллям сусідів та деспотичною владою. І. Ільїн робить висновок, що краще невелика свобода, яку всі поважають, аніж велика свобода, яку ніхто не гарантує і не поважає. Людина повинна шукати не зовнішнього самозвільнення від закону (шлях революції, анархії, деспотизму), а внутрішнього самозвільнення в межах закону. Внутрішнє звільнення відбувається на духовному рівні і є добровільним самозобов'язанням, воно звільняє людину не від закону, а в законі, оскільки людина дотримується закону, який вільно визнала її правосвідомість [4, с. 252–254]. Визнаючи закон, людина добровільно бере на себе певні зобов'язання, сподіваючись при цьому, що й інші суб'єкти правовідносин вчинять так само, забезпечивши своєю волею існування правопорядку. Варто констатувати, що таким чином людина здійснює раціональний вибір, в її правосвідомості «включаються» раціональні компоненти, на які спирається правове регулювання.

Можна погодитись із думкою І. Ільїна про те, що правосвідомість людини (в онтологічному розумінні) має подвійний характер: з одного боку, прагнення до максимальної свободи, а з другого — до стабільного правопорядку. Звичайно, революційні прагнення є хибними, оскільки створюють короточасну ілюзію повної свободи, але у результаті людина програє, отримуючи ще більш жорсткий правопорядок, як це видно з історії багатьох революцій. Емоційний потяг народу розширити межі свободи може призвести до кризи раціональності — можливості створити й забезпечити існування нових норм правового регулювання у короткотерміновій перспективі.

Фактично І. Ільїн апелює до психологічних складових правосвідомості, які потрібно враховувати, прогнозуючи поведінку всіх суб'єктів правовідносин під час здійснення правового регулювання. Необхідно зазначити, що правова психологія як структурний елемент правової свідомості в науковій літературі ще недостатньо досліджена. Саме тому є потреба з'ясування поняття, сутності, соціальної цінності та ролі правових почуттів, емоцій, настроїв, переживань, ілюзій, правових стереотипів як у контексті розвитку перспективних напрямів загальної теорії правосвідомості, так і в контексті аналізу проблематики правового регулювання.

Аналізуючи раціонально-емоційну матрицю суспільної правосвідомості, підкреслимо, що стрижневим її елементом є правова ментальність, яка не піддається абсолютно точному аналізу. Ментально-психологічні структури суспільної правосвідомості амбівалентні, більш аморфні, ніж правова ідеологія, тому не можна повністю передбачити всі суспільно-правові наслідки правотворчої діяльності та здійснення правового регулювання.

Вочевидь, неможливо повністю прорахувати реакцію населення на прийнятий закон, оскільки соціальне життя в цілому та правова реальність зокрема є полісегментними й багаторівневими явищами. Але це зовсім не означає, що держава не повинна й не може прогнозувати наслідки своїх законодавчих зусиль. Правова культура суб'єктів правового регулювання саме й полягає в

тому, щоб розуміти, враховувати, певною мірою інтуїтивно відчувати правоментальні й правопсихологічні стійкі типи масової та суспільної правосвідомості.

Здійснюючи правове регулювання, не можна нехтувати правовими емоціями, які викликані появою того або іншого закону. Необхідно підкреслити, що правові емоції суб'єктів правовідносин найбільш яскраво виявляються в інтросуб'єктивних взаємодіях за допомогою правового дискурсу. Аналізуючи текст, мову, що виникають у процесі цієї взаємодії, необхідно виокремлювати елементи перш за все буденної психології (правові емоції, правові навички та звички, правові знання), оскільки, потрапляючи у нову правову ситуацію, людина реагує спонтанно, виявляючи як свідомі, так і несвідомі реакції.

Правові емоції людини виражаються в її переживаннях з приводу права (в об'єктивному й суб'єктивному розумінні), прийнятого закону, нормативного акта, правотворчої, правозастосовної, правоохоронної діяльності державних органів, а також злочинності, правопорушень і системи боротьби з ними. Такі переживання виступають у вигляді задоволення або обурення, у формі приємних або неприємних відчуттів. Унаслідок цього правові емоції (як елемент правової свідомості) впливають на суб'єктів правовідносин, тому що сам регулюючий вплив правосвідомості обов'язково припускає включеність у цей процес правових почуттів, настроїв, афектів, переживань особистості. Позитивні (стенічні) юридичні почуття являють собою результат розвитку правової культури людини, соціальної групи, суспільства в цілому. Соціальна цінність таких правових почуттів (наприклад, почуття закону, законності, правопорядку, права та ін.) спрямовується до людської свідомості (а отже, і поведінки), до духу права, його істинного призначення, до культивування цінностей права. Вони вмотивовують здійснення особистістю правомірних вчинків, стимулюють її юридичну активність, а через посилення правового стимулювання може підвищуватися цінність і роль самого права [5, с. 4].

Як приклад зазначимо, що правові емоції, правові почуття, правові переживання представлені у суспільній (буденній) правосвідомості мовленнєвими конструкціями широкого вжитку, які не потребують додаткового пояснення і сприймаються людиною насамперед на емоційному рівні. Так, протягом історії український народ мирно співіснував з представниками інших національностей, що відобразилось у прислів'ях, які демонструють емоційне підґрунтя певних дій або життєвої позиції: «Спершу розсуди, а потім засуди», «Краще відмовчатися, ніж огризатися», «Нічого не знаю — моя хата скраю». В юридичних прислів'ях концентрується також викривальний зміст щодо дій влади, емоційно-іронічне неприйняття корумпованого чиновництва та правоохоронних органів: «У кого гаманець повніший, у того і суд правіший», «Бюрократ будь-якому папірцеві рад», «У протоколі — густо, а у справі — пусто» [6, с. 134].

Одним із найважливіших елементів раціонально-емоційної матриці правосвідомості особистості та суспільства є правова совість, інтуїтивне розуміння, прагнення до справедливого («життєвого»), морального права. На нашу думку, правова совість у суспільній правосвідомості виявляється у певному ступені терпимості та у критичному ставленні до тих чи інших подій у житті соціуму, через прийняття або засудження певних суспільно значущих вчинків. Почуття совісті у праві виявляється як постійна спрямованість суб'єкта на наближення до об'єктивного права, його іманентної відповідності вимогам трансцендентального, ідеального права. Таке відчуття завжди націлене на відтворення гармоній-

но цілісних юридичних цінностей «совісного» права. Це виробництво «совісних» правових феноменів, що відбувається як у сфері правотворчості, так і при реалізації права [7]. На наше переконання, правова совість насамперед знаходить свій вияв у бутті природного права, а також становить підґрунтя для поєднання морального й правового феноменів у чинному законодавстві.

Зазначимо, що для західної правової психології більш характерним є акцент на формально-юридичних, політичних, а не на духовних факторах (релігія, моральність). Цю закономірність не змогла перебороти навіть велика Реформація з її релігійно-етичною переоцінкою людського буття. У процесі проникнення протестантського віровчення в усі сфери життєдіяльності суспільства змінювалися світогляд, світовідчуття, світосприйняття, ідеологія всього індустріального світу. Але правова психологія, на відміну від трудової, релігійної, етичної, не була настільки сильно трансформована, не зазнала кардинальних змін. У ній не знайшлося гідного місця релігійному й моральному почуттю правової совісті, що, безсумнівно, значно звузило її можливості. У західній правовій психології не вистачає певної частки юридичного пориву, натхнення, осяяння, правової інтуїції, тому що правова психологія, на відміну від ідеології, не повинна бути занадто раціональною, «здоровою», сутність її – у більшій духовній «жвавості», часом непередбачуваності, ірраціональному способі відбиття правової матерії. Правова психологія набагато ближче, ніж правова ідеологія, до релігійних коренів буття, тому що в її несвідомих духовних структурах існує нерациональне асимілювання або відторгнення ідеологічно обґрунтованих цінностей права. Елемент алогічної віри поєднує її з релігійним відчуттям права, змушує більше приймати на віру, ніж розуміти [7].

Для правосвідомості на рівні психології така віра заснована на юридичній совісті суб'єктів права, їхньої цілеспрямованості до утворення природно-правової, аніж позитивної правосвідомості. Це дуже важливо, тому що від того, який тип правосвідомості буде домінувати в суспільстві, залежить ступінь природно-правової розвиненості законодавства, законності, правового й громадського порядку. Якщо переважає природно-правова свідомість, то позитивні потенції правової психології у вигляді відчуття закону, права, законності, правопорядку, правової совісті розкриваються у всій широті й всеохопленні, а у випадку ж панування позитивної, нормативної, формально-догматичної правосвідомості не оминати духовно-етичної деградації, втрати іманентно властивих їй аксіологічних характеристик. Пояснюючи означену вище позицію, зауважимо, що формально-догматичне розуміння права (суто позитивістське) може призводити до появи антигуманних законів, стати основою тоталітарного режиму, сприяти домінуванню етатистського, а не людиноцентристського трактування правових норм.

Крім правової совісті, ірраціонально-емоційними елементами правової свідомості є інтуїтивні правові здогади, прозріння, миттєвий правовий інсайт. Буття останнього міститься у несвідомій сфері людської психіки, на підсвідомому рівні правової психології. Інсайт як психологічний феномен являє собою раптове цілісне, системне «схоплювання», розуміння сутності питання, коли з розрізнених, фрагментарних гносеологічних одиниць змістоконструювання ідеальних моделей реального об'єкта складається комплексне бачення проблеми. Правовий інсайт присутній у будь-якому аспекті юридичного буття. Більше того, він міститься у самому обґрунтуванні права як соціокультурної цінності.

Чималу роль тут відіграють частково не усвідомлювані суб'єктом права психологічні механізми, які діють на дещо інших установах у порівнянні з раціональним осмисленням правової дійсності. Юридичний інсайт має місце як у правовій діяльності держави, так і у правовій поведінці громадян. Так, у правотворчому процесі інсайт відіграє в деяких випадках надзвичайно важливу роль, тому що розробка правових актів є творчою діяльністю, і вона підкорюється тим закономірностям, які властиві іншим різновидам творчості.

На додаток до формально-логічного мислення, юридичний інсайт, правова інтуїція дозволяють сформуванню у свідомості владної еліти адекватне бачення юридичних потреб індивідуальної, групової й суспільної правосвідомості. Такі потреби індивідів усвідомлюються органами держави не тільки за допомогою логічних засобів, а й при «включеності» у процес пізнання інтуїтивних механізмів правосвідомості. Правова інтуїція та життєвий досвід дозволяють державним діячам більш повно, гармонійно, комплексно зрозуміти потрібний народу в цей момент закон, а правова воля не дозволить «зійти» цьому нормативному акту зі сцени законодавчого процесу. Без аналізу підсвідомого підґрунтя правосвідомості, його інтуїтивних структур неможливо сформуванню цілісної, системно єдиної, культурно розвиненої ієрархії законодавчих актів, що була б адекватною іманентній будові етноправової психології [8, с. 120]. Деталізуючи означену вище тезу, зауважимо, що прийняття ефективних законодавчих норм неможливе без урахування особливостей правового менталітету певного народу, його психологічної реакції на нову норму, оскільки від цих чинників багато в чому залежить рівень сприйняття та виконання конкретного закону.

Разом з тим, приймаючи той або інший правовий акт, законодавчий орган не може достеменно прогнозувати можливі правові наслідки його дії (бездіяльності). Занадто багатограним є соціальне життя людей, різноманітні форми суспільної правосвідомості, у свою чергу самосвідомість, менталітет людини багато в чому мають суб'єктивний характер, містять у собі не тільки об'єктивні закономірності правової соціалізації, а й особисті аспекти буття. Тобто правова інтуїція як структурний елемент правової психології, скоріше «відчуває», аніж «розмірковує», швидше схоплює суть проблеми, ніж догматичне мислення, скоріше вловлює, ніж усвідомлює квінтесенцію юридичних феноменів. У цьому контексті неможливо повністю осягнути й виробити правовий етос душі народу, тому що одне лише розумове сприйняття тут є недостатнім. Тільки в сукупності з юридичною інтуїцією духовно-правовий уклад нації стає відчутним і осяжним. У цьому випадку можлива не тільки суто формально-юридична, догматична правотворчість, а й духовна, що в загальносоціальному, загальногуманітарному контексті є більш значущим.

На думку ряду фахівців, правотворчості, а як наслідок — ефективному правовому регулюванню, активно сприяє правова фантазія. Кожен суб'єкт правовідносин має певну міру юридичної уяви, тому що вона є неодмінним елементом правової психології. Без відповідної частки уяви в історії права не був би створений жоден правовий документ, юридичний акт. Фактично юридична фантазія у поєднанні з реаліями життя є основою появи такої форми буття права, як ідея права. Це пов'язано з тим, що розробка законів, встановлення юридичних рамок поведінки суб'єктів права є насамперед творчим процесом: у свідомості юриста формуються ідеальні зразки належного, які ще не набули якостей суцього. Такі норми (еталони поведінки) у природі не існують, їх необхідно створювати. Саме

для цього потрібні невичерпні психологічні ресурси правової уяви, що у формі юридичної мрії формує потрібний суспільству образ нормативного акта. Якість прийнятих правових актів напряму залежить від багатства, оригінальності, багатоплановості або, навпаки, «бідності», звуженості, однобічності юридичної уяви всіх учасників правотворчої діяльності.

Потрібно зауважити, що юридична фантазія (творчість), яка базується на наукових досягненнях, є важливою складовою регулювання та прогнозування суспільно-правових процесів. Маючи правове уявлення, творець позитивного права через дедуковані й індуковані ним юридичні норми неминуче з'єднає своє духовне, правокультурне життя з правовою долею соціуму, етносу. Тому що без юридичної (правової) ідентифікації, порівняння іманентно властивих психологічних прагнень і щирих правових сподівань та бажань конкретних індивідуумів еліта суспільства не зможе провести повноцінну, гідну правову політику, а їхні державно-правові імперативи будуть соціально й духовно неповноцінними. Це стосується правосвідомості не тільки тих, хто створює закони, а й правосвідомості тих, хто їх застосовує, тому що правова політика здійснюється не тільки у правотворчій, а й у правозастосовній діяльності [9, с. 6–7].

До раціональних елементів суспільної правової свідомості, на нашу думку, необхідно віднести правову волю, як обов'язковий елемент правової психології вона припускає постійну націленість суб'єктів правотворчості та правозастосування на розробку потрібних суспільству законів, на їхню практичну реалізацію. Культурна цінність правової волі полягає у здатності направляти в потрібне русло законотворчу й правореалізуючу діяльність фізичних і юридичних осіб. Вона гальмує «сповзання» правосвідомості до правового нігілізму та маргінальних установок. Але це належить не до негативної правової волі, а до духовно-етичної, що має за мету створення гуманного, демократичного правопорядку. Наявність такої волі у структурі правосвідомості суб'єкта припускає здійснення ним цілеспрямовано й свідомо обраної форми юридичної поведінки.

На думку відомого німецького дослідника Р. Ієринга, «боротьба за право» неможлива без психологічно й морально вихованої правової волі, що не дозволяє суб'єктам правовідносин в епоху бурхливих революційних потрясінь і соціальних змін впасти у розгубленість й втратити силу юридичного духу. Але й однієї правової вольової регуляції недостатньо: потрібен той безумовний іманентний імператив, що додав би правовій свідомості особистості та суспільства певної завершеності. Таким категоричним імперативом виступає правовий обов'язок.

Морально-юридичний обов'язок формує аксіологічну рефлексію відповідного іманентного ставлення до онтологічних структур позитивного правопорядку. Сутність правового обов'язку полягає у послідовній та усвідомленій реалізації встановлених приписів і юридичних норм. Наявність у правосвідомості суб'єктів правовідносин морально-правового обов'язку є неодмінною умовою визнання його зрілим, розвиненим. У змістовному аспекті юридичний обов'язок є суб'єктивно усвідомленою, психологічною настановою особистості щодо взяття на себе морально-правових зобов'язань і соціально необхідних велінь. Правовий обов'язок являє собою суворий внутрішній припис для особи не переходити рамки можливого й дозволеного законом. Підкреслимо, що правовий обов'язок є духовно-правовою й культурною умовою (гарантією) законності й правопорядку всього суспільства, тому що без позитивної правової рефлексії

суб'єктів права важко очікувати від них перспективної та активної юридичної відповідальності. Така відповідальність полягає у сумлінному (належному) виконанні суб'єктами правовідносин покладених на них юридичних обов'язків, завдань, функцій. З нашої точки зору, правовий обов'язок притаманний правосвідомості не тільки особистості, а й окремих соціальних груп. Рівень його розвитку залежить від багатьох факторів, а саме таких, як освіта, виховання, релігійність та моральність та ін. Особливо важливим правовий обов'язок є для різноманітних елітарних груп, які своєю поведінкою утверджують певні соціальні зразки, сприяють ефективному впровадженню механізмів правового регулювання.

Отже, раціонально-емоційна матриця правосвідомості являє собою складноструктурований фундамент правосвідомості, що поєднує в собі духовний комплекс почуттів, настроїв, емоцій, переживань, ілюзій, волі, фантазії, уяви, совісті, інтуїції, масових психологічних стереотипів юридичної поведінки й формується в результаті не тільки відбиття правової дійсності, а й творчого її сприйняття. Вона визначає глибинні джерела правотворчих, правозастосовних та праворегулюючих процесів, їхню адекватність принципам та нормам природного права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства : учеб. для юрид. вузов и фак. / В. С. Нерсесянц. — М. : Издат. гр. НОРМА-ИНФРА • М, 1999. — 552 с.
2. *Плугатар Т. А.* Сутність механізму адміністративно-правового регулювання діяльності міліції України / Т. А. Плугатар // Форум права. — 2011. — № 2. — С. 741–744.
3. *Окара А. И.* Правосознание — центральная категория философии права И. А. Ильина / А. И. Окара // Государство и право. — 1999. — № 6. — С. 84–94.
4. *Ильин И. А.* Путь к очевидности / И. А. Ильин. — М. : Республика, 1993. — 431 с.
5. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристь, 2004. — 250 с.
6. *Тертишник В.* Юридичні прислів'я — вказівні пальці юриспруденції / В. Тертишник // Юрид. журн. — 2005. — № 4(34). — С. 134–135.
7. *Байниязов Р. С.* Правосознание: психологические аспекты [Электронный ресурс] / Р. С. Байниязов. — Режим доступа : <http://pravoved.jurfak.spb.ru/Default.asp?cnt=565>. — Заголовок з екрана.
8. *Калиновський Ю. Ю.* Правосвідомість як соціальний феномен: структура, рівні та функції / Ю. Ю. Калиновський // Наук. зап. Харк. ун-ту Повітр. Сил. Соц. філософія, психологія. — 2005. — Вип. 2 (23). — С. 118–122.
9. *Землянова Л. М.* Коммуникативистика и средства информации : англо-русский толковый словарь концепций и терминов / Л. М. Землянова ; под ред. Я. Н. Засурского. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 2004. — 416 с. — (21 век : информация и общество).

Калиновський Ю. Ю. Раціонально-емоційна матриця правосвідомості як підґрунтя правового регулювання

Анотація. Проаналізовано сутність раціонально-емоційних констант правосвідомості. Визначено їх вплив на здійснення правового регулювання. Стверджується, що особливо важливими раціональними компонентами правосвідомості є самооцінка, самоконтроль, самопізнання, самоідентифікація. Розглянуто

правову совість, правові емоції, правовий інсайт як складові емоційної матриці правосвідомості. Досліджено онтологічні характеристики правової волі у контексті здійснення правового регулювання. Обґрунтовано діалектичний взаємозв'язок правового регулювання та правового обов'язку.

Ключові слова: суспільна правосвідомість, раціонально-емоційна матриця правосвідомості, правове регулювання, правові емоції, правова воля, правовий інсайт, правовий обов'язок.

Калиновский Ю. Ю. Рационально-эмоциональная матрица правосознания как основа правового регулирования

Аннотация. Проанализирована сущность рационально-эмоциональных констант правосознания. Определено их влияние на осуществление правового регулирования. Утверждается, что особенно важными рациональными компонентами правосознания являются самооценка, самоконтроль, самопознание, самоидентификация. Рассмотрены правовая совесть, правовые эмоции, правовой инсайт как составляющие эмоциональной матрицы правосознания. Исследованы онтологические характеристики правовой воли в контексте осуществления правового регулирования. Обоснована диалектическая взаимосвязь правового регулирования и правового долга.

Ключевые слова: общественное правосознание, рационально-эмоциональная матрица правосознания, правовое регулирование, правовые эмоции, правовая воля, правовой инсайт, правовой долг.

Kalinovsky Y. Rational and Emotional Matrix of Legal Consciousness as the Basis of Legal Regulation

Summary. The essence of rational and emotional constants of legal consciousness is analyzed. Their impact on legal regulation is determined too. It is alleged that rational self-esteem, self-control, self-cognition, self-definition are particularly important elements of legal consciousness. The legal conscience, legal emotions, legal insight are considered as the components of emotional matrix of legal consciousness. The ontological characteristics of the legal will in the context of legal regulation are examined. Dialectical connection of legal regulation and legal obligation is established.

Key words: social consciousness, rational and emotional matrix of legal consciousness, legal regulation, legal emotions, legal will, legal insight, legal obligation.

РАЦІОНАЛЬНЕ ТА ЕМОЦІЙНЕ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Ю. РАЗМЕТАЄВА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Останнім часом набуває популярності теза про важливу роль емоцій у праві та необхідність їх врахування в юридичній діяльності. Перегляд ролі емоцій у людській діяльності, їх впливу на поведінку та вибір особи, на соціальні відносини торкається і так би мовити традиційних сфер правової реальності, в яких емоції переплітаються з правом, і тих, регулювання яких зазвичай здійснюється з позицій раціональності. Так, Х. Аронович нагадує, що «деякі емоції мають законне важливе місце у визначенні злочину та покарання» [1, с. 781]. Е. Спейн вважає, що емоції, пережиті тими, хто діє через погрози людського й природного походження, повинні впливати на юридичну відповідальність та покарання [2]. Стан розуму та проявлені емоції як правопорушника, так і потерпілого, обов'язково враховуються у кримінальному й адміністративному праві. Визначення розміру й характеру шкоди в цивільному праві, особливо моральної, залежить від емоційного стану осіб. Деякі правові процедури припускають визначення таких ефемерних емоційних понять, як страждання, втрата задоволення від життя, вразливість тощо. При цьому так звані судження розумності у правових актах виступають нормативними судженнями, що використовують гіпотетичний образ «розумної людини». Ці образи формуються під впливом соціальних норм, однак вони можуть мати і зворотний вплив — не просто обмежитися описом існуючих, а й сформувані суспільні та індивідуальні уявлення, цінності, мати певне освітньо-виховне значення.

Правове регулювання у певному сенсі не може бути позбавлене емоцій, не зважати та не звертатися до них. Скажімо, нормотворчість так чи інакше відчуває вплив емоційного стану членів суспільства, причому як тих, хто транслює норми, так і тих, на кого норми поширюються. Хоча природа права передбачає, що суб'єкт, який правові норми формалізує, може іноді не зважати на емоційне сприйняття їх суспільством. З другого боку, раціональне наочно виявляється у правовому регулюванні, особливо в аспектах доцільності, ефективності, а також розумних меж.

Важко уявити правову систему, позбавлену емоційної сторони, але і позбавлену раціональної теж. Крім того, незважаючи на уявлення про те, що «право ірраціональним бути і не повинно, і не може» [3, с. 90], врахування емоцій у

правовому регулюванні не робить правову систему «ірраціональною». Ускладнює цю ситуацію неясність самого поняття «ірраціональне», тому що воно може трактуватися в різний спосіб. Так, воно може означати, що хтось поводиться нерозумно, або приймає рішення під впливом миттєвих емоцій, або навіть його думки та діяльність позбавлені роздумів взагалі. Ми можемо назвати ірраціональною поведінку дорослого чи дитини, чи якоїсь тварини — і щоразу будемо мати на увазі різні значення цього терміна. Так само ми не можемо поставити знак рівності між ірраціональним та емоційним, у тому числі тому, що людські емоції включають думки, розумову діяльність, іноді дуже складну. Якщо ми уявимо собі живу істоту, яка дійсно не думає, приміром молюска, то не можемо дійсно приписати йому страх. Але якщо хтось поступається шантажисту зі страху, останній виступає не тільки як імпульс, що проходить крізь людину, оскільки він походить і від думок про потенційну шкоду. Одна з можливих реакцій на цю заплутану ситуацію — сказати, що емоції є ірраціональними в будь-якому випадку, і це завжди помилка — занадто брати їх до уваги при побудові правових норм. Існує популярне загальне судження, що право засноване на розумі, а не на пристрасті [4, с. 5].

Тому друге дихання отримують концепції «практичної раціональності», яка прагне виявити та охарактеризувати причини дій і пояснити, як вибір між діями регулюється раціональними нормами, а також як пов'язані природне право та практична раціональність [5]. Існує, відповідно до багатьох сучасних теорій юриспруденції, тісний взаємозв'язок між правом і практичною раціональністю: «право надає, чи принаймні спрямоване надавати, нам причини для дій <...>, направляє, або принаймні претендує на керівництво, нашою поведінкою, кажучи, що ми повинні зробити» [6, с. 211]. Дійсно, що виступає імпульсом для людської поведінки? Емоції можуть мотивувати до якоїсь діяльності, скажімо, можна забажати зробити щось під їх впливом. Однак так само до певної діяльності нас може підштовхнути раціональне судження.

Водночас теорії раціонального вибору та поведінки людей зазнають критики як неправдоподібні як теорії загального застосування з таких причин: «по-перше, люди обмежено раціональні. Щоб заощадити час, уникнути складнощів і справитися з викликами повсякденності, люди часто приймають стратегічні рішення або використовують евристику, що призводять до рішень, які не максимізують корисність. По-друге, вподобання людей залежать від контексту. Вибір не робиться лише шляхом порівняння можливих результатів; ситуаційні змінні мають вирішальне значення для прийняття рішень» [7, с. 1143]. До того ж повністю відділити емоційні реакції від розумової діяльності надто складно.

Проблеми виникають із визначенням самих понять раціонального та емоційного. По-перше, різні правові явища та процеси можуть бути позначені як раціональні. По-друге, рішення, прийняте з урахуванням емоцій, може виявитися раціональним за результатом чи у перспективі. Так, «суддя, який дозволяє уникнути існуючих правових норм і апелює до почуття справедливості та моралі, щоб вирішити проблему в конкретному випадку, може сприяти раціональності правової системи так само, як суддя, який слідує існуючим правовим засадам для прийняття рішення. Юрист, який бере на себе певні правові норми, без сумніву, може бути не більш раціональним, ніж юрист, який прагне обмежити або розширити правила, відповідно до нових випадків. Раціональність

може набувати різних форм, більш-менш формальних, більш-менш інноваційних» [8, с. 97]. Щодо інноваційних форм, то деякі наукові відкриття й дослідження можуть впливати на розуміння раціонального та його долі у праві, а певні технологічні досягнення, особливо в інформаційній сфері – ставити під сумнів раціональні моделі правового регулювання.

У спрощеному викладенні теорія пізнання, що поважає розум як джерело знань, маркується філософами як раціоналізм, а застосування раціоналізму до права – як позитивізм або формалізм, або іноді як правовий раціоналізм. Відповідно до цієї теорії, як пише Д. Епштейн, «судді вирішують правові спори за допомогою правових норм, що застосовуються до фактів. Правові норми, так само, як правила розуму, здатні відфільтрувати юридично значуще від не значущого для того, щоб розшифрувати ясні та виразні правові ідеї, які артикуються як об'єктивні, справедливі правові висновки, що визначають результат суперечки» [9, с. 8]. Але він же наголошує на необхідності переосмислення теорії правового раціоналізму у зв'язку з відкриттями у когнітивній нейрології [9, с. 3].

Що стосується емоцій, то тут немає консенсусу з приводу визначення, «можна сперечатися нескінченно про термін <...> те, що ми вільно називаємо “емоціями”, є відповіддю на події, які важливі для людини <...> це суб'єктивні переживання. Їх ядро – досвід задоволення або болю. Це ядро вибудовується в результаті оцінки, усвідомлення ситуаційної смислової структури» [10, с. 273]. Окрім того, що досить важко вирішити, які людські властивості та реакції слід назвати емоційними, потрібно розглянути, які емоції необхідно врахувати у правовому регулюванні, які з них мають юридичне значення. Слід також встановити природу конкретних емоцій, що розглядаються в певній юридичній справі. Як слушно зазначається, «коли ми вирішуємо, чи слід праву розглядати ту чи іншу емоцію в певний спосіб, на якій підставі ми впевнені, що розглянута реакція чи поведінка дійсно емоція, а не щось інше? Реакція може бути схожа на думку (зазвичай розуміється як більш церебральна, раціональна), інстинкт (розуміється як більш фізіологічний за походженням), або цінність (щось, що потрібно поважати та закликати до цього) [11, с. 108]. Для права мають значення всі типи емоцій, однак, яким чином визначається доля емоційного у правовому регулюванні, у застосуванні норм права? Наприклад, якщо суддя, спираючись на загальне поняття страху, певний образ, порівнює цей образ із проявом страху в конкретній справі, чи використовує він розум та емоції, або його підхід є суто раціональним? Чи може він повністю позбавитися власної оцінки проявленої емоції? Як зважається та змінюється картина страху, залежно від того, маємо ми справу з обґрунтованими чи необґрунтованими побоюваннями особи? Як встановити обґрунтованість побоювань, якщо людина щиро розділяє їх (приміром, у розмежуванні необхідної та уявної оборони)? До речі, приклад із безпідставним страхом добре показує, що в юридичному процесі ми можемо дійти висновку: конкретний прояв емоцій особи є необґрунтованим чи навпаки. Таким чином, емоції мають нормативну модель, вони виправдані чи не виправдані тим, що відбулося, зважаючи на розумні погляди про те, яка реакція визнається допустимою у певному випадку. Тож, надзвичайно важко відділити раціональне від емоційного в конкретній юридичній справі. Крім того, як припускає Д. Епштейн, «можливо, судді мають тенденцію позначати як “раціональні” ті рішення, що виглядають інтуїтивно законними для них» [9, с. 37].

Слід звернути увагу на такі питання у правовому регулюванні, які є «емоційно забарвленими», тісно пов'язаними із суспільною мораллю та цінностями, ірраціональним ставленням до них окремих суспільних груп, а також етично складними та значущими для індивіда.

Передовсім це питання щодо регулювання сімейних, шлюбних відносин. Скажімо, регулювання союзів між особами однієї статі. З точки зору раціональності, як справедливо зазначається, право на такі шлюби є необмеженим «у тому сенсі, що надання права одній людині у жодному разі не виключає можливість надання такого ж права іншим людям. Свобода одружитися з кимось тієї ж статі не заважає комусь іншому одружитися з тим, кого він або вона обирає» [12, с. 60]. З точки зору емоційного ставлення суспільства стан речей дуже повільно змінюється від визнання таких відносин як «партнерства», через поступове надання рівних прав, захисту й пільг, до визнання одностатевих шлюбних союзів. У деяких випадках спротив суспільства призводить до того, що все зупиняється на першому етапі — юридичному визнанні партнерства або навіть на дискусії навколо можливості його правового закріплення.

Цей приклад виводить нас на більш глибоку проблему — сприйняття або несприйняття деяких правореґулюючих моментів з боку суспільства. Як слушно зазначає Д. Балабанова, «є підстави припустити, що успішність функціонування права, досягнення необхідного соціального ефекту полягає в повноті вивчення та врахування індивідуальних і соціальних почуттів суб'єктів, що виражають те, що для представників даного конкретного суспільства святе і непорушне, а також є актуальним у цей момент» [3, с. 91]. Однак умовний законодавець, який приймає рішення щодо введення в дію тих чи інших правових норм, незважаючи на емоційний опір значної частини соціуму (приміром, правове закріплення партнерства чи одностатевих шлюбів), певною мірою може посприяти зміні суспільних уявлень. До того ж, хоча в ідеальній ситуації правові норми збігаються з особистими свідомісними налаштуваннями, їх дотримання обов'язкове, незалежно від емоційної оцінки.

До емоційно важких питань правового регулювання, які до того ж викликають гострі соціальні реакції, належать і ті, що опиняються на стику медицини, біології, технології, певною мірою релігії та соціальних очікувань і уподобань.

Наприклад, біотехнологічне, медичне втручання до процесів народження дітей, особливо якщо це може призвести до серйозного занепокоєння громадськості. Існують такі прогалини у правовому регулюванні, що викликають судові справи, де «жінки звернулися до суду, щоб дозволити видалення репродуктивного матеріалу від їхнього померлого товариша, з метою використання цього матеріалу в якийсь більш пізній термін, щоб добитися вагітності» [13, с. 194]. При цьому традиційне правове регулювання часто стає на позицію «все або нічого», як це відбувається у сфері сучасних методів альтернативного запліднення (концепція «сексуального й не сексуального зачаття» [14, с. 94]. «Все» означає тут визнання особи батьком, навіть якщо вона явно мала наміри уникнути подальшої участі в долі дитини, «нічого» — визнання особи донором, який з точки зору права не має стосунку до дитини. Звідси виникає «дихотомія сімейного права між батьками і третіми сторонами <...> сексуальна концепція робить генетичного батька законним, навпаки, концепція безстатевого або альтернативного запліднення пропонує можливість генетичному батьку бути просто донором без батьківських прав або зобов'язань (третя сторона)» [14, с. 94].

Так само складнощі викликають неоднозначні питання регулювання евтаназії, відмови від медичного втручання, допомоги особі, трансплантації органів та додання технологічних частин до фізичного тіла, зміни статі, біоетики тощо.

Дискусія з приводу зайвих емоцій у регулюванні або, навпаки, недостатності раціональних підходів повинна зважати на саму природу права. Право не є зовнішньою, автономною системою самодостатніх правил, воно створене людьми, для і, в якомусь сенсі, проти людей. Як зазначає Л. Клаус, не має значення, який папірець позначений написом «закон», якщо він не кореспондує з тим, що люди роблять, — це не закон. Право — це просто сигнальна система людської діяльності. Це самогенерована, самоусвідомлена мережа людських комунікацій [15, с. 1302]. Саме тому неврахування емоційних налаштувань суспільства в регулюванні безпосередньо впливає на ефективність закону.

Потрібно сказати, що перетин емоційного та раціонального у праві наочно виражається в індивідуальній і суспільній правосвідомості. І якщо правова ідеологія відповідає здебільшого за стрункі концепції сприйняття права і виражає розумно обґрунтовану його цінність, то правова психологія зосереджується на емоціях, імпульсивному та нез'ясовному відчутті цінності права. Сприйняття чи несприйняття права суспільством, за слухним твердженням, «залежить не тільки від міри адекватності, розумності норм права чи інших його якостей, а й від рівня розвиненості правової свідомості в цілому, включаючи почуття та емоції людей щодо існуючого права. Без врахування реального співвідношення почуттєвих та раціональних аспектів правосвідомості та поведінки суб'єктів права неможлива адекватна оцінка ефективності його функціонування в сучасних умовах на новому рівні розвитку права» [3, с. 88].

Слід зазначити, що співвідношення емоційного та раціонального у правовому регулюванні залежить у тому числі від типу суспільства й правової системи. Якщо поглянути, приміром, на стандарти розумної поведінки учасників правовідносин, то ми побачимо серйозні відмінності у регулятивних моделях.

Ф. Хакер вказує на «дивовижні й суттєві відмінності між правовими концепціями людського фактору в США і ЄС. У той час як у США суди та регулюючі органи все частіше готові інтегрувати результати від поведінкових наук у своїх висновках, дуже відмінна тенденція, схоже, працює в ЄС: Судове рішення насамперед засноване на ще більш раціональній моделі людської поведінки... Цей подвійний феномен має бути названий „поведінковий розрив”» [16]. Сам підхід до правового регулювання тут залежить від стандартів раціональності. Зокрема, захист прав споживачів вимагає вибору між моделлю певної розумної поведінки, коли людина діє з більшим ступенем раціональності у відповідних правовідносинах, та моделлю, що припускає сприйняття споживача як людини, яка не повинна мати раціонального налаштування, знань і в цілому досить легко піддається омані.

У цьому сегменті правового регулювання широко використовуються такі терміни, як «розумний споживач», «розумні обставини», «стандартна економічна раціональність», «раціональний вибір», хоча зміст їх може бути варіативним. Повертаючись до долі раціонального та емоційного у поведінці учасників таких правовідносин, слід зазначити, що останні декілька років активно просувається ідея, відповідно до якої захист прав споживачів ґрунтується на концепції «обмеженої раціональності». Так, до цієї концепції все частіше звер-

таються американські суди і регулюючі органи. Водночас, незважаючи на зростання долі поведінкового аналізу в європейській доктрині, суди та органи ЄС «чіпляються за раціональну модель», хоча плюралістична перспектива закликає до її перегляду [16].

Унаслідок зміни стандартів раціональності, як необхідний крок у розробці відповідних регуляторних механізмів пропонується застосувати «асиметричний патерналізм» — щось на кшталт вибіркового втручання державних органів у приватні сфери. «Асиметричний патерналізм покликаний допомогти обмежено раціональним людям уникнути помилок, що дорого коштують, у той же час викликаючи невелику або ніякої шкоди для раціональних людей <...> цей підхід додає нюансів у дискусії з приводу того, які угоди слід вважати раціональними або передбачуваними» [17, с. 1250–1251]. Отже, якщо ви вступили у правовідносини під впливом емоцій, у вас може бути не лише додатковий захист, а й додатковий нагляд. Проблема зловживання та проблема втрати частини свободи, які завжди виникають, як тільки правове регулювання намагається зсунути кордони. Однак у цілому можна споглядати тенденцію до пом'якшення раціональних стандартів людської поведінки в певних соціальних сферах, регульованих правом.

Друга тенденція у правовому регулюванні простежується у зверненні до емоційного стану осіб — учасників суспільних відносин. Зокрема, йдеться про перегляд і розширення змісту цілком застосовуваних у праві понять «емоційних пошкоджень», «емоційного аспекту шкоди», «втрати задоволення від життя», «моральних страждань» і т. ін.

Так, А. Колбер наводить приклад зі зменшення шкоди, коли позивач потурбувався про лікування фізичних травм, але відмовився від розумної поради психіатра послабити свої спогади про автомобільну аварію. У такому випадку відповідач може стверджувати, що, відповідно до загальних принципів пом'якшення, моральні збитки мають бути знижені, тому що частина їх обумовлена нездатністю позивача послабити свої спогади. У свою чергу позивач може стверджувати, що у нього є глибокий інтерес не змінювати свою пам'ять [18, с. 1592–1593]. Він зазначає, що аргументи відповідача, швидше за все, переконують суддю та наводить аналогію з випадками, коли позивачі відмовляються від лікування з релігійних мотивів, і сформований юридичний підхід відмовляє у компенсації релігійному позивачеві за збиток, якого можна було б уникнути за допомогою розумної поведінки людини, яка не має подібних релігійних переконань [18, с. 1593].

Слід зазначити, що відповідні зміни багато в чому викликані свіжими науково-технічними досягненнями, особливо в галузі інформаційних технологій. Суди та інші правозастосовні органи приймають як докази активність особи у глобальних комп'ютерних мережах, особливо соціальних, тим більше, що відслідкувати та зберегти інформацію там доволі легко.

А. Хесс описує судову справу, де соціальні медіа була запропоновані як доказ емоційного стану позивачки, яку відповідач «випадково залишив із хронічним болем і втратою задоволення від життя» [19]. Позивачка більше не могла танцювати зі своєю сім'єю або боротися зі своїм братом, тобто робити те, що приносило їй позитивні емоції. І коли в суді було продемонстровано фото з Facebook-сторінки, де вона танцює і де її тримає в повітрі брат, позивачка стверджувала, що позувала в цих сценах ретельно та спеціально для камери. Але

суддя ухвалив, що не має значення, були сцени соціальної активності й задоволення від неї підробними чи ні, та прийняв фотографії як доказ того, що особа насолоджується життям. Подібних справ стає все більше, тому що відповідні технології дедалі глибше проникають у повсякденне життя. Насправді, інформаційне суспільство припускає наявність такого типу комунікацій, за якого у вас може утворитися емоційний зв'язок з особою, з якою ви ніколи не зустрічалися «офлайн». І при цьому листування та обмін думками в публічному мережевому просторі можуть бути визнані сильним соціальним зв'язком між індивідами, а хроніка подій вашого «онлайн»-життя, викладена в певній манері, — підтвердженням певного емоційного стану в реальності. Як справедливо зазначається, «соціальні платформи пропонують нескінченні докази того, що ми всі насолоджуємось нашим життям, в Інтернеті» [19]. Якоюсь мірою це пастка нових технологій, тому що отримати інформацію про проявлені емоції у вигляді фото, відео чи розповідей особи — не означає отримати інформацію про справжність цих емоцій. Тим більше, що кожен воліє виносити у публічний простір тільки найкращі моменти свого життя, а специфіка мережевих комунікацій заохочує до підтримання образу. Але це не відмінняє того, що оцінка емоцій особи все частіше вимагається при застосуванні права.

Викладене справедливо і для таких сфер правового регулювання, де панує обов'язкове врахування деяких емоційних аспектів, оскільки може серйозно впливати на результати правозастосування, як, приміром, у кримінальному праві. Ступінь тяжкості злочину, кваліфікація, об'єктивна і суб'єктивна сторона залежать в тому числі від певних «емоційних» обставин. Скажімо, гнів та обурення як відповідь на провокацію чи шантаж. Страх при необхідній самообороні чи лють при необхідній обороні дитини. При цьому врахування емоційного стану спирається на загальну модель реакцій, що можуть виникати у розумної людини, певною мірою на якійсь середній показник, а не на реакцію легкозбуджуваної, темпераментної особи.

Проте в кримінальному праві також спостерігаються зрушення, засновані на перегляді ролі емоцій у людському житті, такі як дискусії про криміналізацію емоційного насильства або збільшення відповідальності за застосування впливу емоційного характеру, що призвело до скоєння злочинів. Відкритим залишається питання балансу в справі врахування емоцій, швидше навіть того, що не дозволить перетнути межі розумного. Зокрема, показовими є суперечки навколо кримінальної відповідальності за емоційне насильство над дітьми, так званого «Закону Попелюшки». Як справедливо зазначається: «Мета цього закону полягає у зміні існуючого законодавства щодо дитячої бездоглядності, розширення змісту злочинних зловживань таким чином, щоб охопити складну царину емоцій <...>. Однак, як тільки емоційна поведінка батьків стане мішенню для поліції, кожна мати і батько опиняться в небезпеці бути позначеними як кривдники» [20].

Отже, з одного боку, уникнути емоцій у правовому регулюванні неможливо, а з другого — і правові теорії, і їх втілення у правовій дійсності містять заклики до раціональності. Ці заклики підтримуються у нормотворчості та правозастосуванні, раціональні моделі людської діяльності та образи розумного застосовуються як частина судочинства.

Інший цікавий блок питань, безпосередньо пов'язаний зі співвідношенням раціонального та емоційного у правовому регулюванні: де пролягають раціо-

нальні межі правового регулювання? Як визначити недоцільність регулювання деяких сфер правової реальності? Як уникнути «зарегульованості» й неефективності? Слід сказати, що ці проблеми набувають особливої гостроти в умовах інформаційного суспільства внаслідок його специфіки. По-перше, змінюється ставлення до регулювання; значна кількість осіб у такому суспільстві відчувають емоційне відторгнення та сприймають як посягання на простір свободи спроби врегулювати правовими засобами питання кіберпростору, комунікаційних мереж, поведження з інформацією та ін. По-друге, нові технології, про які було сказано вище, змінюють уявлення про межі та інструменти правового регулювання. Його характеристиками в інформаційному суспільстві стають нейтральність, дерегулювання й саморегулювання, поєднання традиційних та інноваційних методів, акцент на правових рекомендаціях і врахування транснаціонального аспекту.

Як пише О. Лобел, «нове законодавство у таких сферах, як еко-менеджмент та інформаційні технології, надає можливості для приватних учасників відмовитися від традиційного правового режиму й управляти їх середовищем шляхом спільного і динамічного планування <...>, уряд використовує можливості нових технологій, ринку інновацій і громадянської активності з тим, щоб зацікавлені сторони зробили свій внесок у проекти управління. Нова модель управління асоціюється з де-центруванням правової науки, кидаючи виклик традиційній орієнтації на формальне регулювання» [21, с. 263–264]. Окрім вироблення нових моделей, споглядається перенесення інструментів із приватної до публічної сфери, а також застосування їх у нетипових ситуаціях. Приміром, до вирішення надзвичайних та кризових ситуацій, що потребують швидкого реагування з боку уповноважених органів, залучаються приватні особи, озброєні відповідними інформаційними технологіями (цифрові мапи землетрусів, сповіщення за допомогою глобальних мереж тощо), а замість чи на додаток до нормативних регулюючих документів укладаються угоди між приватними й публічними акторами. Як зазначається, криза не означає, що збірка правил більше не застосовується, але створює можливості для нових правових інтерпретацій. І в майбутніх надзвичайних ситуаціях держава може керувати обмеженням влади через регулювання за допомогою інших засобів, коли вона не спроможна звернутися до законодавчої відповіді через політичні, часові або інші обмеження [22, с. 541].

Досить радикальні пропозиції лунають щодо правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням глобальних мереж, зокрема деякі наполягають на нейтральності у вигляді повного невтручання за допомогою юридичних інструментів. Нераціональність такого регулювання обґрунтовується, по-перше, наявністю таких сфер, що саморозвиваються (як, приміром, Інтернет); по-друге, тим, що технології змінюються надто швидко й непередбачувано (як зв'язок і передавання даних); по-третє, складністю контролю та недоцільністю встановлення норм, які легко оминати засобами, наявними у розпорядженні членів інформаційного суспільства (як соціальні медіа); по-четверте, змінами у свідомості індивідів (сприйняття комунікаційних мереж як простору свободи, існування кіберпростору як глобального).

Один із таких підходів виражає принцип «мережевого нейтралітету», згідно з яким ставлення до всього контенту, сайтів, майданчиків та платформ є рівним, при цьому в інформаційній мережі підтримуються всі форми подання інформації.

Цей принцип передбачає також зменшення спеціалізації окремих мереж і націленість на їх багаторазове використання, у тому числі в майбутньому. Прихильники мережевого нейтралітету вважають, що він відкриває можливості для всіх завдяки відкритості Інтернету й відсутності пов'язаного з ним регулювання. Критики стверджують, що Інтернет потребує регулювання і відсутність останнього може, навпаки, нівелювати інновації, що походять від глобальних мереж. Однак незалежно від того, аргументи якої сторони ви підтримуєте, «ясно, що відкритість Інтернету перетворилася на незвідані води», а в суперечки навколо мережевого нейтралітету втягнуті багато країн [23, с. 350]. Видається, що специфіка комунікаційних мереж, їх глобальний характер і особлива архітектура повинні впливати на форму та зміст правового регулювання таким чином, щоб не було втрачено цілісність мереж і водночас їх надзвичайну різноманітність.

З іншого боку, споглядаються призови негайно взятися за правове регулювання питань, вразливих за рахунок розвитку нових інформаційних технологій, тих, які нерозумно та неправильно залишати відкритими. Передовсім йдеться про заповнення прогалін у таких важливих сферах, як права людини (приватність, свобода слова, вільний розвиток особи) та демократія (виборчі технології, захист даних, прозорість участі та управління). Так, наголошується, що «легкість реідентифікації являє собою кардинальні зміни не тільки в технології, а й у нашому розумінні приватного. Це підриває десятиліття припущень про надійність анонімізації <...>. Регулюючі органи повинні швидко і рішуче реагувати на цей руйнівний технологічний зсув, щоб відновити рівновагу в законі й захищати всіх нас від неминучої, значної шкоди» [24, с. 1777]. Зазначається, що повинні розроблятися «пропозиції до законодавства про захист даних, що включає „хмарні” та інші технологічні комп'ютерні розробки чітким, збалансованим чином. Режим захисту даних має бути таким, що враховує більше нюансів, пропорційним і гнучким» [25, с. 228]. Потрібно сказати, що навіть прихильники обов'язкового правового регулювання певних відносин у інформаційному суспільстві переважно наполягають на тому, що таке регулювання має бути гнучким, динамічним та певною мірою мінімалістичним.

Слід зазначити, що інформаційне суспільство містить як нові регулятивні виклики, так і можливості, що у свою чергу передбачають зміни в емоційному ставленні суспільства до їх застосування. Наприклад, адепти згадуваної асиметрично патерналістської політики пропонують вирішити проблему водіння в нетверезому стані за рахунок легалізації специфічного застосування нових технологій. Останні здатні «потенційно вимірювати рівень алкоголю у крові водія ненав'язливо і відключити машину, якщо встановлений поріг перевищено. Такий пристрій буде абсолютно ненав'язливим для тих, кому він не потрібний, наприклад, водіїв, які не п'ють, але буде регулювати поведінку тих, до чиїх прав та прийняття рішень передбачається втручання. Цілком можливо, що такі пристрої будуть мати наслідком деякі витрати, наприклад, якщо чоловік з алкогolem на рівні 0,06 % буде не в змозі відвезти свою дружину до пологового будинку» [17, с. 1253]. Розумна ідея, проте викликає майже інстинктивне відторгнення, адже так і до тотального стеження недалеко, і до футуристичного світу панівних машин.

Важливого значення в інформаційному суспільстві набуває питання, тісно пов'язане з раціональними межами та емоційним сприйняттям регулювання, — щодо транснаціонального характеру останнього.

Як слушно зазначається, «жоден закон не може бути успішно запроваджений при величезній кількості населення, яке не підтримує його морально і володіє простими засобами для невидимого ухилення <...>. У гіршому разі користувачі комп'ютерів просто знайдуть нові шляхи для фрірайду» [26, с. 751]. Слід звернути увагу на те, що комунікативні засоби, використовувані цими користувачами, сприяють пошукам успішних колективних шляхів уникнення наслідків регулювання, яке не сприймається членами суспільства.

Глобалізація передбачає створення наднаціональних, міжнародних правових режимів і систем, а кіберпростір без кордонів та розвиток інформаційних технологій містять потенціал безпосередньо впливати на людей, незалежно від того, де вони перебувають. Тому змінюються уявлення про методи й інструменти правового регулювання. Наприклад, про «м'яке право», яке набуло широкого розповсюдження, особливо на європейських теренах, і має регулятивне значення, якого не вистачає формальним механізмам. Як висловився Р. Коттерелл, «стандарти різних видів, що може бути дуже важливо при інтерпретації транснаціонального регулювання, не обов'язково мають бути створені як щось подібне ортодоксальним судовим чи законодавчим органам... Концепції права, застосовні й корисні в аналізі транснаціонального регулювання, швидше за все, будуть менш розвинені й набагато більш гнучкі та дослідницькі, ніж багато попередніх характеристик права у правових теоріях» [27, с. 208].

Таким чином, розділити раціональне та емоційне у правовому регулюванні надзвичайно складно, зважаючи і на відмінність трактування понять, і на те, що людська діяльність заснована на певній комбінації мотивів. Простежуються тенденції до пом'якшення раціональних стандартів людської поведінки в певних соціальних сферах, регульованих правом, і водночас до зважування емоційного стану учасників соціальних відносин у юридичному процесі. Окрім традиційних правових сфер, де необхідне юридичне визначення емоційного та розумного, а також сфер, глибоко пов'язаних з індивідуальним та суспільним сприйняттям, змінюється уявлення про раціональне правове регулювання багатьох суспільних відносин, у тому числі за рахунок розвитку нових технологій. Інформаційне суспільство створює виклики щодо розумних меж, застосовних методів та інструментів регулювання, впливає на правову ідеологію та правову психологію як елементи правосвідомості, ускладнює транснаціональне правове регулювання. Загалом, це глибокі та дискусійні питання — поєднання у праві емоційної та раціональної сторони, які заслуговують подальших досліджень.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Aronovitch H.* The Role of Emotions in the Rule of Law / H. Aronovitch // University of Toronto Law Journal. — 2007. — Vol. 57, No 4. — P. 781–794.
2. *Spain E.* The Role of Emotions in Criminal Law Defences: Duress, Necessity and Lesser Evils / E. Spain. — Cambridge : Cambridge Univ. press, 2011. — 328 p.
3. *Балабанова Д. О.* Раціональний та почуттєво-емоційний аспекти правосвідомості та поведінки суб'єктів права / Д. О. Балабанова // Акт. проблеми держави і права : зб. наук. пр. — Одеса : Юрид. л-ра, 2012. — Вип. 68. — С. 88–95.
4. *Nussbaum M.* Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law / M. Nussbaum. — Princeton, NJ : Princeton Univ. Press, 2004. — 413 p.
5. *Murphy M.* Natural Law and Practical Rationality / M. Murphy. — Cambridge : Cambridge Univ. press, 2001. — 284 p.

6. *Celano B.* Law, Plans and Practical Rationality / B. Celano // D&Q. – 2012. – No. 12. – P. 210–254.
7. *Korobkin R. and Ulen T.* Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics / R. Korobkin and T. Ulen // California Law Review. – 2000. – Vol. 88, No. 4. – P. 1051–1144.
8. *Makdisi J.* Formal Rationality in Islamic Law and the Common Law / J. Makdisi // Cleveland State Law Review. – 1985–1986. – Vol. 34. – P. 97–112.
9. *Epstein D.* Rationality, Legitimacy, & The Law / D. Epstein // Washington University Jurisprudence Review. – 2014. – Vol. 7. – Issue 1. – P. 1–38.
10. *Frijda N. H.* The Laws of Emotion / N. H. Frijda // Human Emotions: A Reader / Jennifer M. Jenkins, Keith Oatley, & Nancy Stein (Eds.). – Malden, MA : Blackwell Publishers, 1998. – P. 271–287.
11. *Sanger C.* The Role and Reality of Emotions in Law / C. Sanger // William & Mary Journal of Women and the Law. – 2001. – Vol. 8. – Issue 1. – P. 107–113.
12. *Hatzis A.* The Negative Externalities of Immorality: The Case of Same-Sex Marriage / A. Hatzis // Skepsis. – 2006. – Vol. 17. – P. 52–65.
13. *Leiboff M.* Post-mortem sperm harvesting, conception and the law: Rationality or religiosity? / M. Leiboff // Queensland University of Technology Law and Justice Journal. – 2006. – Vol. 6 (2). – P. 193–213.
14. *Appleton S.* Between the Binaries: Exploring the Legal Boundaries of Nonanonymous Sperm Donation / S. Appleton // Family Law Quarterly. – 2015. – Vol. 49, No. 4. – P. 93–115.
15. *Claus L.* The Empty Idea of Authority / L. Claus // Illinois Law Review. – 2009. – No. 5. – P. 1301–1358.
16. *Hacker P.* The Behavioral Divide. A Critique of the Differential Implementation of Behavioral Law and Economics in the US and the EU / P. Hacker // European Review of Contract Law, 2015 Forthcoming. May 22, 2015. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2609531>.
17. *Camerer, C., etc.* Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism» / C. Camerer, S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue, M. Rabin // University of Pennsylvania Law Review. – 2003. – Vol. 151. – P. 1211–1254.
18. *Kolber A.* Therapeutic Forgetting: The Legal and Ethical Implications of Memory Dampening / A. Kolber // Vanderbilt Law Review. – 2006. – Vol. 59. – P. 1561–1626.
19. *Hess A.* Evidence of Life on Facebook: Appearing happy on social media may be used against you in a court of law / A. Hess // April 29, 2015, Available at: http://www.slate.com/articles/technology/users/2015/04/social_media_and_the_law_if_you_re_claiming_emotional_distress_don_t_appear.2.html.
20. *Furedi F.* Rather than protecting children, the Cinderella Law could turn family life into a place where no one is safe / F. Furedi // 02 April 2014, Available at: <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/features/the-cinderella-law-emotional-correctness-gone-mad-9231233.html>.
21. *Lobel O.* The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought / O. Lobel // Minnesota Law Review. – 2004. – Vol. 89. – P. 262–390.
22. *Davidoff Solomon S. and Zaring D.* Regulation by Deal: The Government's Response to the Financial Crisis / S. Davidoff Solomon and D. Zaring // Admin. Law Review. – 2009. – 61 (3). – P. 463–542.
23. *Sidak J. G.* A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet / J. G. Sidak // Journal of Competition Law & Economics. – 2006. – Vol. 2, No. 3. – P. 349–474.

24. *Ohm P.* Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization / P. Ohm // *UCLA Law Review*. – 2010. – Vol. 57. – P. 1701–1777.
25. *Kuan Hon W., etc.* The problem of „personal data” in cloud computing: what information is regulated? – the cloud of unknowing / W. Kuan Hon, C. Millard, I. Walden // *International Data Privacy Law*. – 2011. – Vol. 1, No. 4. – P. 211–228.
26. *Wu T.* When Code Isn't Law / T. Wu // *Virginia Law Review*. – 2003. – Vol. 89, No. 4. – P. 679–751.
27. *Cotterrell R.* A Concept of Law for Global Legal Pluralism? / R. Cotterrell // S. P. Donlan and L. H. Urscheler eds., *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives*. – Farnham: Ashgate, 2014. – P. 193–208.

Разметаєва Ю. С. Рациональне та емоційне у правовому регулюванні

Анотація. У статті розглядаються проблеми раціонального та емоційного у правовому регулюванні. Визначаються тенденції, пов'язані з врахуванням емоцій у різних сферах правової дійсності, зміною стандартів розумної поведінки учасників правовідносин. Акцентується увага на інформаційному суспільстві, яке зсуває уявлення про раціональні межі, доцільність та ефективність регулювання, а також впливає на індивідуальну й суспільну свідомість, сприйняття правових комунікацій.

Ключові слова: правове регулювання, раціональне, емоційне, право, інформаційне суспільство.

Разметаева Ю. С. Рациональное и эмоциональное в правовом регулировании

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы рационального и эмоционального в правовом регулировании. Определяются тенденции, связанные с учетом эмоций в различных сферах правовой действительности, изменением стандартов разумного поведения участников правоотношений. Акцентируется внимание на информационном обществе, которое смещает представления о рациональных пределах, целесообразности и эффективности регулирования, а также влияет на индивидуальное и общественное сознание, восприятие правовых коммуникаций.

Ключевые слова: правовое регулирование, рациональное, эмоциональное, право, информационное общество.

Razmetaeva Y. Rational and Emotional in Legal Regulation

Summary. The article is devoted to problems of rational and emotional in the legal regulation. The trends associated with the emotions in different areas of the legal reality and changes in the standards of reasonable behavior participants of legal relations are identified. The attention is focused on the information society which shifts the idea of the rational limits, the feasibility and effectiveness of regulation, as well as impact on the individual and social consciousness, perception of legal communications.

Key words: legal regulation, rational, emotional, law, information society.

ЮРИДИЧНІ СТАНДАРТИ, ЩО ҐРУНТУЮТЬСЯ НА ПРИНЦИПІ РОЗУМНОСТІ

К. БУРЯКОВСЬКА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Принцип розумності є загальним принципом права, який має на меті захист правової системи від явно нерозумних моделей поведінки. Розумності як загальному принципу права властиве те, що вона визначає розвиток права у цілому, поширюється на галузі та інститути матеріального й процесуального права, публічного і приватного права.

Зміст принципу становлять вимоги, які знаходять своє втілення на стадіях нормотворчості й правозастосування: обґрунтованість, послідовність, розсудливість, обачність (відповідність розумним очікуванням), ефективність, доцільність. Утілення принципу розумності до нормотворчої та правозастосовної практики здійснюється через закріплення розумності в оціночних поняттях, які стають основою для утворення юридичних стандартів оцінки: «розумні строки», «поза розумним сумнівом», «обґрунтована підстава», «розумні очікування», «явна необґрунтованість».

У сучасній вітчизняній юридичній науці проблематиці юридичних стандартів присвячено недостатньо уваги, оскільки такий правовий феномен є певною мірою незвичним для національного правопорядку. Метою цієї статті є характеристика юридичних стандартів, які можливо виділити з огляду на принцип розумності.

Слід виходити з того, що стандарт (зразок, еталон) є критерієм оцінки, тобто сукупністю типових властивостей, які мають бути притаманні предметам, що оцінюються. Стандарти складаються емпірично, їм властиві рухливість, розпливчастість кордонів, їх здебільшого треба шукати в етичних, естетичних нормах, правосвідомості [1, с. 26]. Н. Глинська називає розумність стандартом оцінки доброякісності кримінальних процесуальних рішень і зауважує, що під час кримінального провадження кожне процесуальне рішення має бути розумним у межах тієї «зони» дискреції, що визначається законом та судовою практикою, тобто відповідати здоровому глузду, бути спрямованим на ефективне вирішення завдань кримінального провадження шляхом обрання правозастосувачем оптимального варіанта збалансування публічних та особистих інтересів з урахуванням специфіки обставин кримінального провадження [2, с. 171].

Розумність лежить в основі як поведінкових, так і доказових стандартів.

Стандарт «розумні строки». Реалізація норм права, реалізація повноважень завжди передбачає обмеженість у часі. Суттю цього стандарту є те, що він прагне створити розумні рамки цього часу. У рішенні Конституційного Суду України у справі про внесення змін до статей 76, 77, 103, 136, 141 та до розділу XV «Перехідні положення» Конституції України від 18 листопада 2010 р. № 3-в/2010 аналізуються міжнародно-правові акти, що гарантують вільні вибори і висувають вимогу розумної періодичності їх проведення (Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Документ Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру НБСЄ 29 червня 1990 р., Декларація «Про критерії вільних і чесних виборів», ухвалена в Парижі 26 березня 1994 р. на 154-й сесії Ради Міжпарламентського Союзу представниками 112 країн світу). Через те, що поняття розумної періодичності в міжнародних документах не конкретизоване, Конституційний Суд припускає, що кожна країна має власний погляд на це питання та виходить з історичних, культурних, національних чи інших особливостей і традицій; в оцінці розумної періодичності необхідно виходити із загальнофілософського розуміння української дійсності, інтересів населення, розуміння права громадян на участь в управлінні суспільними і державними справами.

Більш серйозно стандарт розумності строків виглядає в аспекті застосування норм права суб'єктами владних повноважень. Це яскраво ілюструється численними рішеннями Європейського суду з прав людини відносно країн про присудження компенсацій за порушення розумних строків, що пов'язано із запровадженням різними державами гарантій дотримання розумних строків державою або гарантій виплат компенсацій за їх порушення. Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК) відносить розумність строків до загальних засад кримінального судочинства (ст. 7). Це стало відповіддю на вимоги, які формулює Європейський суд з прав людини (далі — Суд). Розумними законодавець вважає строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Для визначення розумності строків кримінального провадження слід брати до уваги: 1) складність кримінального провадження, яка визначається з урахуванням кількості підозрюваних, обвинувачуваних та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження, обсягу та специфіки процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування тощо; 2) поведінку учасників кримінального провадження; 3) спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень (ст. 28).

Автори науково-практичного коментаря до КПК, ураховуючи практику Суду, положення КПК, визначають, що під «розумними строками доцільно розуміти найкоротший строк розгляду і вирішення кримінальної справи, проведення процесуальної дії або винесення процесуального рішення, який достатній для надання своєчасного (без виправданих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів, досягнення мети процесуальної дії та взагалі завдань кримінального провадження»; «розумні строки не можуть перевищувати передбачені КПК строки виконання окремих процесуальних дій, або прийняття окремих процесуальних рішень» [3, с. 87].

Правила адвокатської етики від 17 листопада 2012 р. вимагають від адвоката з розумною регулярністю інформувати клієнта про хід виконання доручення і

своєчасно відповідати на запити клієнта про стан його справи. Інформація має подаватися клієнту в обсязі, достатньому для того, щоб він міг приймати обґрунтовані рішення стосовно суті свого доручення та його виконання.

Стандарт «поза розумним сумнівом». Цей стандарт активно розробляється Європейським судом з прав людини. Критерій «поза всяким розумним сумнівом» (*«beyond the reasonable doubt»*) вперше був сформульований Судом у справі *Ірландія проти Сполученого Королівства (1978)* і став з часом невід'ємною частиною його прецедентного права. Ця формула перекладається різним способом, зокрема «поза всяким сумнівом», «поза розумним сумнівом», «поза розумними підставами для сумнівів», «те, що не викликає жодного сумніву». Практика Суду виходить із того, що під «розумним сумнівом» не можна розуміти сумнів, заснований виключно на теоретичній або надуманій ймовірності. «Суд приймає стандарт доказування поза розумним сумнівом, але додає, що таке доведення може впливати зі співіснування досить сильних, ясних і взаємоузгоджених висновків або схожих неспростовних презумпцій щодо фактів. У цьому контексті має бути прийнято до уваги поведінку сторін при отриманні доказів».

У рішенні у справі *Тене проти Туреччини (2004)* заявник стверджував, що співробітники поліції взяли під варту і піддали тортурам його сина, тіло якого було знайдено кілька днів по тому. Влада держави-відповідача заперечувала ці твердження. Суд зазначив, що надані йому докази були неповними, непослідовними і навіть суперечливими. Суд вказав, що твердження заявника базувалися більше на здогадах і припущеннях, ніж на достовірних доказах. У результаті Суд визнав твердження заявника необґрунтованими, констатував, що документи, надані владою держави-відповідача, містили велику кількість прогалин та протиріч. Суд визнав, що надана владою держави-відповідача інформація була суперечливою і тому має бути відхилена як недостовірна. Європейський суд вирішив, що твердження заявника не були безпідставними і визнав порушення Конвенції з боку держави-відповідача [4, с. 157].

Не менш відомим, ніж стандарт «поза розумним сумнівом», є **стандарт «обґрунтована (розумна) підстава»** для обшуку і затримання особи в США. Це право кожної особи підтверджує Четверта поправка до Конституції США [5, с. 38]. Найпримітнішою у судовій практиці є справа *Террі проти Огайо (1968)*, в якій Верховний суд США зробив висновок, що, незважаючи на деяке порушення конституційних гарантій, поліцейський має право проводити «неповний» обшук одягу підозрюваного при його затриманні з метою виявити наявність зброї, використання якої може загрожувати самому поліцейському або оточуючим. При цьому працівнику поліції зовсім не потрібно твердої впевненості в наявності у затриманого зброї: він повинен мати розумну підозру в тому, що потрібна негайна дія.

Верховний суд США, таким чином, сформулював так звані «принципи справи Террі»: 1) співробітник поліції повинен мати розумну підозру в тому, що потрібно негайно діяти; 2) наявність такої підозри обмежує правило про виключення доказів, які не можуть застосовуватися тільки з причини того, що способи реалізації законної поліцейської діяльності з розслідування часто дуже схожі на порушення конституційних гарантій. Ці принципи у подальшому були закріплені у таких правилах: 1) підозра повинна ґрунтуватися на конкретних фактах, про які згодом можна повідомити іншій особі (формулювання типу «мені здавалося» неприйнятні); 2) ситуація може призвести до небезпеки і не дозволяє

поліцейському відкласти негайні дії до того часу, поки він міг би спокійно в усьому розібратися; 3) дії поліції не перевищують ситуаційної необхідності; 4) замах на свободу особистості не перевищує ситуаційної необхідності; 5) замах на свободу особи, що охороняється Конституцією, не настільки значний, щоб можна було вважати його арештом [6, с. 125].

Стандарт «розумні очікування». Принцип «обґрунтовані сподівання» (*reasonable expectations, legitimate expectations*) належить, за теорією Л. Фуллера, до принципів внутрішньої моральності права (принцип внутрішньої стабільності права) і полягає у тому, що закони, прийняті пізніше, не можуть змінювати правовий статус особи, зафіксований у попередньому законі на чітко визначений період часу, — будь-яке сподівання є обґрунтованим, якщо воно гарантоване нормативно-правовим актом [7, с. 54].

Концепція розумних очікувань найбільш яскраво відображена у Четвертій поправці до Конституції США. У тлумаченні Верховного суду США поправка передбачає право на «обґрунтоване очікування прайвесі (приватного життя)» (*«reasonable expectation of privacy»*); для захисту права на прайвесі, відповідно до Четвертої поправки, особа повинна довести дійсне очікування прайвесі, яке має бути таким, яке суспільство готове визнати «розумним». До речі, прайвесі іноді трактують саме як очікування, що конфіденційна персональна інформація про людину, яка перебуває у приватному місці, не буде передана іншим особам або структурам без згоди людини [8]. Верховний суд США називає будинки, ноутбуки, пейджери, сотові телефони та інші електронні пристрої, непрозорі контейнери і пакети, записи, громадські місця, бізнес-приміщення (окрім громадських приймалень) місцями і речами, відносно яких розумно очікувати захисту приватного життя; однак, приміром, залишене перед будинком сміття, що містить папери із конфіденційною інформацією, не припускає наявності розумних очікувань захисту приватного життя [9].

У Резолюції № 428 (1970) Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо Декларації про засоби масової інформації та права людини від 23 січня 1970 р. проголошується: «Право на повагу особистого життя являє собою, головним чином, право вести своє життя за власним розсудом при мінімальному сторонньому втручанні в нього. Воно стосується особистого, сімейного і домашнього життя, фізичної і духовної недоторканності, честі та репутації, необхідності не допускати, щоб людину представляли в помилковому світлі, нерозкриття несприятливих фактів, що не стосуються справи, не допускати несанкціоновані публікації приватних фотографій, здійснювати захист від шпигунства і невинуватих або неприпустимих нетактовних дій, захист від неправильного використання матеріалів особистого листування, захист від розкриття інформації, наданої або отриманої індивідом в конфіденційному порядку. Ті особи, які своїми власними діями сприяли поширенню інформації нетактовного характеру, оскаржені ними пізніше, не можуть посилаватися на право на повагу до особистого життя».

Як відомо, Європейський суд з прав людини активно використовує стандарт «розумні очікування» при розгляді справ, що стосуються захисту права, передбаченого ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), яка установлює право особи на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Ця стаття висуває вимогу до органів державної влади не втручатись у здійснення цього права, за винятком

випадків, коли таке втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Складниками поняття приватного життя Суд називає елементи, які пов'язані із персональними даними про особу, наприклад, ім'я та прізвище особи; фізичну та психологічну недоторканність особи; забезпечення розвитку, без зовнішнього втручання, особистості кожної людини в її відносинах з іншими людьми, фотографію людини; репутацію людини; гендерну ідентифікацію і транссексуальність; сексуальну орієнтацію; сексуальне життя; право на самовизначення і особисту автономію; діяльність професійного і ділового характеру, а також обмеження на заняття професійною діяльністю або заробітку на життя; дос'є чи дані, що складаються службами безпеки або іншими державними органами; інформація про ризики для здоров'я людини; обшуки та конфіскація; стеження за комунікаціями і телефонними розмовами. При аналізі порушення права на недоторканність приватного життя Суд має використовувати критерій правомірних очікувань недоторканності приватного життя (справи *Принцеса Ганноверська проти Німеччини* (1995); *Галфорд проти Сполученого Королівства* (1997)).

У рішенні у справі *Перрі проти Великої Британії* (2003) Суд вирішив, «...що звичайне використання відеокamer, що стежать (чи на публічній вулиці, чи у приміщенні, такому, як торговий центр чи поліцейська дільниця, де вони служать законним і передбачуваним цілям), саме по собі не викликає питань у контексті статті 8. Однак у цьому випадку поліція відрегулювала кут огляду камери для одержання ясного зображення позивача, а отримане зображення змонтувала і продемонструвала свідкам для упізнання. Відеокadри були показані під час відкритого судового процесу. Незалежно від того, знав позивач про існування відеокamer чи ні, він не мав підстав розраховувати, що його будуть знімати для наступного упізнання. Задум поліції перевищив звичайне й очікуване використання камер відеоспостереження. Тому запис кадрів і наступний монтаж можна розглядати як збір і обробку персональних даних про позивача. Більше того, кадри не були отримані добровільно чи за обставин, коли можна було б обґрунтовано очікувати, що вони будуть записані і використані з метою упізнання. Тому мало місце втручання у приватне життя. У внутрішньому законодавстві існувала достатня підстава для втручання, однак суди ухвалили, що поліція не дотрималася закладеної у процесуальному кодексі процедури. У світлі цих судових постанов можна дійти висновку, що дії поліції в цій справі не відповідають вимогам законів країни...» [10].

У рішенні у справі *Принцеса Ганноверська проти Німеччини* (1957), яке є одним із найбільш показових рішень у рамках ст. 8 Конвенції, йдеться про захист права на приватне життя відомих у суспільстві осіб (заявниця у справі — принцеса Ганноверська, старша дочка князя Монако, Рен'є III — скаржилась на порушення ст. 8 через розміщення її фото з відпочинку у ЗМІ). Суд зробив висновок про те, що заявниця мала всі підстави для «законного очікування» захисту її приватного життя. Суд не погодився із віднесенням Урядом заявниці до публічних осіб (що надає особі вузькі можливості щодо захисту приватного життя), що «базується виключно на її приналежності до правлячої сім'ї, тоді як сама вона не виконує якихось офіційних функцій...». У цій справі Суд пропонує «обґрунтованість», «розумність» очікування недоторканності приватного життя

зводить до пошуку рівноваги між правом громадськості на отримання інформації та правом приватної особи захистити власну особисту сферу від уваги інших осіб. У співпадаючій думці суддя Цупанчіч до рішення у справі пояснює, що «...питання полягає в тому, як визначити і встановити точку цієї рівноваги. Я згоден з результатом розгляду цієї справи. “Обґрунтованість” очікування недоторканності приватного життя може бути зведена до вказаного вище пошуку рівноваги. Але обґрунтованість відсилає до ... здорового глузду, який підказує, що людина, що живе у скляному будинку, може мати права не бути обкиданою камінням...».

На думку Суду, критерій «розумні очікування захисту приватного життя» служить перепорою до втручання органом державної влади у здійснення права. З огляду на це, очікування повинні оцінюватися з точки зору того, що вільне і демократичне суспільство готове визнати розумним таке втручання. Такого роду оцінку пропонують проводити з огляду на не надані урядами держав пояснення для Суду, а на підставі дослідження права держави, оскільки законодавство у найширшому розумінні у вільній і демократичній державі є консенсусом інтересів держави і суспільства [11].

Слід також нагадати про використання Судом концепції «розумні очікування» у межах захисту права, передбаченого ст. 9 Конвенції, яка передбачає право кожного на свободу думки, совісті, релігії. Так, у рішенні у справі *Інститут Отто-Премінгер проти Австрії* (1994) Суд заклав основи розуміння цієї концепції у таких випадках: «Обов'язком будь-якої особи, яка хоче скористатися свободою слова, є стримування, наскільки це можливо і розумно, образи, які вона може завдати іншим своїми висловлюваннями. Якщо вона не робить цього або якщо те, що особа робить, виявиться недостатнім, тоді тільки може втрутитися держава. У тих, хто відкрито висловлює свою релігійну віру, незалежно від приналежності до релігійної більшості чи меншості, немає розумних підстав очікувати, що вони залишаться поза критикою».

Стандарт «явно необґрунтованість». Цей стандарт також розроблений і розвинений у практиці Суду. Відповідно до ст. 28 Конвенції стосовно заяви, поданої згідно зі ст. 34, Комітет може одноставним голосуванням: а) оголосити її непринятною або вилучити її з реєстру справ, якщо таке рішення може бути прийняте без додаткового вивчення; або б) оголосити її прийнятною і одночасно постановити рішення по суті, якщо покладене в основу справи питання щодо тлумачення або застосування Конвенції чи протоколів до неї є предметом усталеної практики Суду. Це положення вводить спрощену і прискорену процедуру розгляду «явно необґрунтованих справ» (іноді званіх «клонами» або «справами про повторювані порушення») [12, с. 86]. Як впливає з усталеної і дуже об'ємної практики органів Конвенції, «явно необґрунтованою» вважається будь-яка скарга, яка за результатами попереднього розгляду свого матеріального змісту не містить ознак порушення прав, гарантованих Конвенцією, і тому може бути відразу визнана непринятною без формального розгляду справи по суті (що зазвичай повинна закінчуватися винесенням постанови). Явно необґрунтовані скарги можна згрупувати в чотири окремі категорії: скарги «четвертої інстанції», скарги, в яких проглядається явна і очевидна відсутність порушення, скарги, не підкріплені доказами, і, нарешті, незрозумілі й надумані скарги. Зокрема, Суд відхиляє у зв'язку з явною необґрунтованістю скарги, які настільки незрозумілі, що у Суду об'єктивно відсутня можливість зрозуміти

факти справи і суть заявлених претензій. Те ж стосується і надуманих скарг, тобто тих, які ґрунтуються на фактах, існування яких об'єктивно неможливе, або які явно суперечать здоровому глузду, або були попросту придумані. У таких випадках відсутність ознак порушення Конвенції очевидна кожному звичайному спостерігачеві, навіть тому, який не має юридичної освіти [13, с. 83].

Таким чином, стає очевидним те, що у вітчизняній науці існує потреба у подальшому розробленні питань, присвячених юридичним стандартам. Це зможе справити суттєвий вплив на розвиток теорії доказування у межах різних видів судочинства, а втілення вітчизняних наукових розробок та найкращого зарубіжного і міжнародного досвіду у цьому аспекті сприятиме удосконаленню правозастосовної практики. Приділення уваги значенню юридичних стандартів у правовій системі, заснованих на загальних принципах права, має першочергове значення, адже це у кінцевому результаті має особливо важливу мету — посилення механізмів захисту прав людини.

Аналіз чинного законодавства свідчить про поступове використання законодавцем елементів юридичних стандартів у галузевих кодексах та нормативно-правових актах. Очевидно також і те, що роль юридичних стандартів актуалізується в умовах реформування правової системи України. Ураховуючи практику Суду та зарубіжний досвід застосування принципу розумності, для більш послідовної реалізації цього принципу в національному правопорядку вважаємо, що доцільно впровадити стандарти: «розумні очікування захисту права на недоторканність приватного і сімейного життя» — у сфері прайвеси; «розумні сумніви», «розумна підозра» — у кримінальному судочинстві. Крім того, слід докласти зусиль для конкретизації вимог, що утворюють зміст розсудливості (Кодекс адміністративного судочинства України), розумних строків (Кримінально-процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України), розумності (Цивільний кодекс України), розумної економічної причини (мети) (Податковий кодекс України).

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кашанина Т. В.* Оценочные понятия в советском праве / Т. В. Кашанина // Правоведение. — 1976. — № 1. — С. 25–31.
2. *Глинська Н. В.* Розумність як стандарт доброякісності кримінальних процесуальних рішень / Н. В. Глинська // Питання боротьби зі злочинністю. — 2013. — Вип. 26. — С. 156–172.
3. *Кримінальний процесуальний кодекс України* : наук.-практ. коментар : у 2 т. / за ред.: В. Я. Тація, В. П. Пшонки. — Х. : Право, 2012. — Т. 1. — 768 с.
4. *Афанасьев Д. В.* Подача жалобы в Европейский суд по правам человека / Д. В. Афанасьев. — М. : Статут, 2012. — 606 с.
5. *Франковски С.* Верховный Суд США о гражданских правах и свободах / С. Франковски, Р. Гольдман, Э. Лентовска. — Варшава : Бега, 1997. — 254 с.
6. *Курьянова Э. С.* Условия проведения личного обыска при задержании в США / Э. С. Курьянова // Правоведение. — 2006. — № 6. — С. 121–127.
7. *Шевчук С.* Основы конституційної юриспруденції / С. Шевчук. — Х. : Консум, 2002. — 296 с.
8. *Моя жизнь — моя крепость* // Журнал Слово Право [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.moldova.ru/index.php?tabName=articles&owner=38&id=851>.

9. *Обоснованные* ожидания соблюдения прав на приватность [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <https://www.pgpru.com/Библиотека/Основы/SSD/ДанныеНаДиске/Государство/Приватность>.
10. *Vitkauskas D.* Право на повагу до приватного життя відповідно до статті 8 Європейської Конвенції захисту прав людини та основних свобод / Д. Віткаускас // Нові аспекти права на приватність та удосконалення укр. законодавства : міжнар. просвітн. семінар, Київ, 6–7 жовт. 2003 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.khpg.org/index.php?id=1094815937>.
11. *Gomez-Arostegui H. T.* Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations / H. T. Gomez-Arostegui // Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper Series. — 2005. — № 2 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20116/HTGA_Thesis.pdf?sequence=1.
12. *Обращение* в Европейский Суд по правам человека / под общ. ред. Ф. Лича. — М. : МОО ПЦ «Мемориал», 2006. — 528 с.
13. *Практическое* руководство по критериям приемлемости / Совет Европы, Европейский Суд по правам человека, 2011. — 105 с. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_RUS.pdf.

Буряковська К. О. Юридичні стандарти, що ґрунтуються на принципі розумності

Анотація. У статті робиться спроба охарактеризувати відомі юридичній науці та практиці правові стандарти (поведінкові і доказові), які ґрунтуються на принципі розумності. Розумність виявляється в оцінних поняттях, які стають основою для формування стандартів, що ґрунтуються на принципі розумності: «розумні строки», «поза розумним сумнівом» та «достатня підстава», «розумні очікування», «явна необґрунтованість». Особливістю юридичних стандартів є те, що вони характеризують здебільшого англо-американську правову сім'ю. Стандарти описані з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, зарубіжного досвіду, вітчизняного законодавства та судової практики. У заключній частині зроблено висновок про необхідність впровадження деяких юридичних стандартів у національний правопорядок.

Ключові слова: розумність, стандарт, принцип права, Європейський суд з прав людини.

Буряковская Е. А. Юридические стандарты, основанные на принципе разумности

Аннотация. В статье делается попытка охарактеризовать известные юридической науке и практике правовые стандарты (поведенческие и доказательные), основанные на принципе разумности. Разумность проявляется в оценочных понятиях, которые становятся основой для формирования стандартов, основанных на принципе разумности: «разумные сроки», «вне разумного сомнения» и «достаточное основание», «разумные ожидания», «явная необоснованность». Особенность подобных юридических стандартов заключается в том, что они характеризуют в основном англо-американскую правовую семью. Стандарты описаны с учетом практики Европейского суда по правам человека, зарубежного опыта, отечественного законодательства и судебной практики. В заключительной части сделан вывод о необходимости внедрения некоторых юридических стандартов в национальный правопорядок.

Ключевые слова: разумность, стандарт, принцип права, Европейский суд по правам человека.

Buriakovska K. Legal Standards Based on the Principle of Reasonableness

Summary. An attempt to describe known in the legal science and practice legal standards, based on the principle of reasonableness, is made in this article. The reasonableness is shown up in evaluative terms, which make the ground for the formation of standards based on the principle of reasonableness such as: «the reasonable time», «beyond the reasonable doubt» and «the reasonable grounds», «the reasonable expectations», «the obvious groundlessness». These legal standards mainly characterize the Anglo-American legal family. They are described taking into the account the practice of the European Court of Human Rights, foreign experience, national legislation and case law. In the final part it is concluded that there is a necessity to implement some legal standards into the national legal order.

Key words: reasonableness, standard, principle of law, European Court of Human Rights.

ЕМОЦІЙНІСТЬ І РАЦІОНАЛЬНІСТЬ У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ



М. САВЧИН

*доктор юридичних наук, професор,
директор Науково-дослідного інституту
порівняльного публічного права
та міжнародного права
(Ужгородський національний університет)*

Вступ

Поширеною міфологемою у вітчизняній юриспруденції є розуміння юридичного як певного логічно завершеного світу, побудованого на раціональних засадах. Насправді ми маємо справу із суворими буднями юриспруденції, коли відображені на папері правила зовсім інакше діють на практиці. Їхнє викривлення зумовлене як конкуренцією інтересів, так і низкою чинників, в основі яких лежить неповага до фундаментальних людських цінностей — насамперед неповага до гідності та прав людини.

Навіть за умови демократичного дискурсу складно говорити суто про раціональність юридичних рішень. Наприклад, законодавство відображає правову політику, і вона часто пов'язана із мотивами обрання певної моделі правового регулювання, розпочинаючи від лібертаріальних до крайніх лівацьких моделей втручання у приватну автономію. Законодавець отримує достатній обсяг інформації для забезпечення балансу інтересів та забезпечення прогностичної функції права, однак політичний процес не завжди є лінійним, тобто не завжди має причинно-наслідкові зв'язки, а також не завжди є раціональним за своїм змістом¹.

Звісно, співвідношення емоційного і раціонального у праві є центральною проблематикою доктрини Л. Петражицького, яку в літературі характеризують як психологічну теорію права. Водночас привертає увагу доволі філігранне розмежування Дж. Ролзом розумного, раціонального та розсудливого у праві, яке визначає нові грані у досліджуваному нами предметі.

Цілком очевидно, що ця проблема стосується здійснення вибору суверенною приватною особою чи вибору владного рішення у рамках певних моделей

¹ Згадаймо хоча б Х. Ортегу-і-Гассета із його владою натовпу чи «залізний закон олігархії» Р. Міхелса, які далеко не зводять політичний процес, власне кажучи законодавство, до якоїсь замкнутої логічно побудованої системи юридичних категорій, понять і конструкцій, як це собі уявляють юридичні позитивісти. Навіть цинічний К. Шмітт, який цілком прозорливо давав влучні діагнози кризи парламентській демократії, будучи у полоні ілюзії раціональності права, цілком наглядно продемонстрував, що правові явища і процеси складно адекватно трактувати через певні юридичні екстремуми.

правового регулювання чи стратегій. Зважаючи на таке, метою цього дослідження є аналіз проблеми впливу раціонального та емоційного на вибір у ході реалізації конституційних цінностей і принципів. Спочатку будуть проаналізовані (1) основні теорії вибору прояву приватної автономії та владних рішень у доктрині конституціоналізму, на основі чого буде розглянуто (2) роль емоційності і раціональності в соціальній взаємодії. На прикладах так званих «складних справ» буде (3) продемонстровано складнощі вибору при здійсненні конституційного контролю, а також (4) розкрито природу установчої влади через аналіз раціональних та емоційних чинників вибору. Насамкінець (5) буде обґрунтовано принцип вірності конституції як наслідок певних процедур реалізації її положень за результатами суспільно-політичних дебатів та додержання вимог легітимності меж втручання у приватну автономію індивіда.

1. Проблема вибору та конституціоналізм: огляд основних доктрин

Площина вибору юридичних рішень¹ зумовлена певним типом конституціоналізму або відсутністю такого. У рамках сучасного конституціоналізму існує цілий спектр багатоманітних рішень, які навіть не виключають сповзання у площину етатистських за змістом у силу слабкості інститутів громадянського суспільства та недосконалості існуючих юридичних процедур і правил.

1.1. Теорія соціальної взаємодії. Зазначена теорія акцентує увагу на доступі та перерозподілі ресурсів, що є основою трактувань проблем справедливості та належної правової процедури. Теорія соціальної взаємодії Е. Остром, зокрема на прикладі «дилеми ув'язненого», наочно демонструє [3, с. 28], що раціональна з точки зору індивіда поведінка може бути ірраціональною з точки зору колективу, і навпаки. Раціональність при соціальній взаємодії має кумулятивний ефект, оскільки наслідок дій не є сумою дій конкретних індивідів, які становлять певну колективну дію. Наприклад, воля більшості на виборах, яка акумулюється у певні політичні рішення парламенту у вигляді законодавства, а тим більше референдумних рішеннях, не можуть завжди відповідати фундаментальним конституційним цінностям, вони можуть обмежувати права людини, підриваючи підвалини конституційного порядку.

Юридична поведінка є інституціональною за своєю природою, адже вона має сув'язь із соціальними інститутами та процедурами. На думку М. Олсона, саме інституційний характер соціальної взаємодії зумовлює певні життєві стратегії ухвалення рішень на благо самої організації [4, с. 4], оскільки недодержання цих умов, як правило, призводить до загибелі організацій².

¹ Ми тут володіємо діапазоном, починаючи від знаменитого розподілу Дж. Сарторі конституцій на фальшиві, номінальні та гарантовані [1, с. 859], закінчуючи ідеями соціетального конституціоналізму, основні постулати якого розкриті у працях Г. Тойбнера, та закінчуючи тронною промовою нідерландського монарха Віллема-Александера [2], в якій він наголосив на взаємній відповідальності держави та індивіда, з якої випливає побудова збалансованої системи соціального страхування та соціальних послуг.

² Наводячи приклад надання переваги підкорення китайців мілітарним загонам, які фактично були бандитами, на протигагу кочовим бандитам, М. Олсон говорить, що такі пріоритети в умовах хаосу 1930-х рр. у Китаї були зумовлені постійним контролем військовиків над територією та помірними розмірами данини, яку мало їм сплачувати населення [5]. Також не завадить тут згадати порівняння Аннерса про основні мотивації виникнення права у південних народів, які, маючи доволі відкритий доступ до ресурсів, були заінтересовані у контрактній формі їх розподілу,

Українське суспільство є посттоталітарним, якому притаманний доволі високий ступінь атомізації, що насамперед пов'язано зі згубними наслідками Голодомору 1932/33 років та колоніальними практиками правління у складі Московської держави і різних формах імперії [7]. Це становить значну інституційну проблему для формування належних процедур і правил, а також практик належного урядування в Україні. Щодо цього доволі справедливою є думка М. Олсона про федеративні моделі соціальної взаємодії, зважаючи на стан атомізації українського суспільства, який частково був подоланий під час Революції Гідності, адже соціальна структура Євромайдану була побудована за цією моделлю мережної соціальної взаємодії з її горизонтальними зв'язками¹.

Організація передбачає певний розподіл ролей, відповідальності та витрат у ході своєї діяльності задля досягнення її цілей. У юриспруденції це виглядає як певна ієрархія цінностей, яка має як формальну, так і матеріальну складову. Для юриспруденції критично важливим є доступ до основного ресурсу — інформації, оскільки достатній, інклюзивний її обсяг є основою компетентного владного рішення.

1.2. Теорія ігор. Згідно з теорією ігор як міждисциплінарної (Джон Неш, Джон фон Нойман, Оскар Моргенштерн) існує певна матриця вибору оптимальних рішень у конкретній ситуації, які не завжди можуть давати найбільш очікуваний ефект, оскільки цьому може перешкоджати низка факторів².

У конституціоналізмі теорія ігор вказує на джерела легітимності конституційних правил і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації, або правового захисту конституції. Також теорія ігор пояснює особливості впливу на перебіг політичного процесу фундаментальних цінностей і принципів права, адже у кінцевому результаті додержання юридичних процедур і взаємний компроміс, як правило, дають гру із плюсовою сумою.

На прикладі аналізу ефективності реформи регіональних властей в Італії американський соціолог Р. Патнам доходить висновку, що їх ефективність насамперед залежить від системи існуючих правил, стану суспільно-політичних інститутів та органів публічної влади³. Водночас теорія процедурної справедливості

а в північних народів це вилилося в ієрархічні структури, пов'язані із недопущенням взаємного винищення кланів та племінних союзів у жорстокій боротьбі за ресурси [6, с. 5–50].

¹ «...існує ситуація, в якій соціальні мотиви перш за все приведуть до узгодження дій членів латентної групи. Це так званий випадок “федеративної” групи — групи, поділеної на декілька малих груп, кожна з яких має причини об'єднатися з іншими для утворення федерації, яка представляла організацію в цілому. Якщо центральна (чи федеративна) організація надає будь-які послуги малій групі, що входить до федерації, то, швидше за все, малі групи використають соціальну мотивацію, щоб примусити індивідів, що належать до кожної малої групи, робити внесок у досягнення колективних цілей групи в цілому. Таким чином, організації, що використовують вибірково соціальні мотиви для мобілізації латентної групи, мають бути федераціями, які складаються з малих груп» [4, с. 57].

² Серед таких обмежувальних чинників можна назвати обмеженість ресурсів, конкуренцію на ринку, динаміку цін, співвідношення певних цінностей, невизначеність правил і процедур, недостатність інформації тощо. Тому прийняття оптимального рішення зумовлене урахуванням балансу ресурсів та засобів, адекватного до конкретної історичної обстановки і необхідного для досягнення певної легітимно покладеної мети.

³ Спираючись на багатий емпіричний матеріал, Р. Патнам разом із групою італійських дослідників робить висновок: «Правила та ustalені процедури, що їх утверджують інституції, позначаються на політичних результатах через формування політичної поведінки. <...> Інституції

вості Дж. Ролза також деякою мірою враховує окремі компоненти теорії ігор, оскільки він виводить свої постулати вищого ступеня абстракції, за якими правила і процедури можуть стати результатом згоди в умовах відсутності достатньої інформації, тобто в умовах правової невизначеності [9]. Поряд з цим теорія ігор не враховує, на якій основі інституції можуть виробляти правила і процедури, чим вони пов'язані у своїй діяльності. Тобто теорія ігор лише розкриває і зважає ефективність правил і процедур у конкретному суспільстві з його інститутами та відносинами. Дослідження Р. Патнама лише підкреслюють, що в умовах атомізації суспільства існує низький рівень соціальної взаємодії, який на практиці втілюється у вчиненні дій, сумнівних із точки зору раціональності.

1.3. Теорія визнання та легітимізація правил. Процесові легітимізації правил передуює сам механізм визнання взаємних прав і обов'язків через обґрунтування лояльності як передумови легітимності владних інститутів. Згідно з доктриною політичного лібералізму такий механізм зумовлений моральними чинниками, що лежать в основі прийняття розважливих і раціональних рішень, і це дає змогу забезпечити процес прийняття розсудливих управлінських рішень, які не можуть мати виключно утилітарний характер, а повинні задовольняти вимогам середньої корисності [9, с. 19–265, 460–534].

Згідно з концепцією Ю. Габермаса, легітимність владних інститутів ґрунтується на демократичному дискурсові щодо передбачуваних наслідків владних рішень, який передуює суто нормативному прочитанню процесу влади: норми є лише наслідком такого дискурсу [10, с. 337–354]. Ю. Габермас наголошує на процедурному забезпеченні демократії, якому може сприяти і позитивне право. Подібний висновок робить Р. Даль, проте він наголошує на гарантіях демократичного процесу як процесу ухвалення владних рішень, які забезпечують баланс інтересів у неоднорідному суспільстві [11].

Однак цього недостатньо, оскільки не можна прослідкувати, яким чином визнання та виконання таких владних рішень спираються на реальну підтримку громадян. Концепція демократичної легітимності прав людини ґрунтується на зв'язку демократії із соціально-культурними, політично-структурними та етичними передумовами суспільства. З такої точки зору демократія не може розглядатися як бездоганний тип легітимації у конкретно визначеному суспільстві; однак без визнання прав людини процес легітимації імпліцитно відсутній, оскільки лише в демократичному устрої сьогодні можливо забезпечити гідність людини та приватну автономію [12].

Конституцію можна розглядати як інструмент забезпечення соціального порядку. Це передбачає різні підходи в досягненні консенсусу. По-перше, конституція може розглядатися як нейтральний інструмент для соціального контролю, тобто припускається, що право індиферентне до соціальних процесів і воно розглядається як інструмент владної політики.

По-друге, відповідно до моделі унітарного консенсусу через конституцію та акти законодавства встановлюється загальний інтерес, і відповідно правова система функціонує для їх захисту на противагу певним індивідуальним інтересам, які не узгоджуються із загальним інтересом.

впливають на результати тому, що вони формують особистості гравців, їхні повноваження та стратегію» [8, с. 20].

По-третє, модель балансування передбачає узгодження інтересів за допомогою права, що тягне за собою вирішення проблеми оціночних понять (громадський порядок, публічний порядок, національна безпека тощо).

По-четверте, аксіологічна легітимність передбачає наявність суспільного консенсусу щодо основних напрямів реалізації універсальних конституційних цінностей — гідності індивіда, свободи, рівності, справедливості, солідарності, субсидіарності. Зазначене передбачає наявність згоди щодо досягнення суспільно значущих цілей за допомогою виключно конституційних засобів, в основі яких лежать утвердження й забезпечення основних прав і свобод, функціонування суспільства на засадах відкритих зв'язків із забезпеченням балансу приватних і публічних інтересів, що є основою стабільності та динаміки конституційного ладу.

2. Емоційність та раціональність у призмі теорій соціальної взаємодії

2.1. Психологічна теорія Петражицького. Л. Петражицький із посиланням на І. Канта підкреслює складність визначення права. Хоча і в сучасному дискурсі теж нелегко скласти цілісне уявлення права. Л. Петражицький розкриває право через психічні переживання на прикладі відносин договору оренди [13, с. 24–25] як «зовнішнє відношення суб'єкта, що переживає правові явища у світі» [13, с. 25]. Далі він наводить приклад юридичних фікцій, які лежать в основі конвенції у праві — звичаєве право як таке, що «колись так вчиняли предки», чи божественне походження права, чи «конструктивістські», за його словами, концепції права, в основі яких лежить ідея загальної волі. Натомість пропонується спостереження як спосіб дослідження правових явищ [13, с. 30]. Таким чином, добудовується ін-суб'єктна модель бачення правових явищ і процесів як їх психологічне переживання, тому пропонується інтроспективний спосіб споглядання права¹.

Для належного розуміння динаміки правовідносин у Л. Петражицького слід звернути увагу на його визначенні ролі пізнання, почуттів та волі, оскільки вони мають значення для інтерпретації ним центральної категорії у праві свободи волі індивіда, яка має вирішальне значення для з'ясування предмета нашого розгляду. Пізнання трактується як певний акт переживання через органи почуття, що відображає процеси відчуття і сприйняття певних психічних актів [13, с. 118–119, 132–136]. Характеризуючи волю, Л. Петражицький визначає два її різновиди: а) інстинкти та б) свідому волю. Переходячи до проблеми свободи волі, Л. Петражицький аналізує відмінність між детермінізмом і недетермінізмом у концепціях природи волі та свободи [13, с. 150–151], доходячи висновку щодо взаємопов'язаності свободи волі із причинно-наслідковими зв'язками [13, с. 153–154]. При цьому автор не абсолютизує детермінізм як такий, оскільки «універсальність причинного зв'язку ймовірна» [13, с. 155], з посиланням на мотив як на одну із засад поведінки особи [13, с. 160], на основі чого робляться припущення про її ціннісні установки.

¹ З точки зору теорії ігор за такої моделі правової поведінки ми будемо мати конкуруюче середовище із нульовою сумою, з точки зору соціальної взаємодії — суб'єктивно вмотивована поведінка буде раціональною, що суперечить практиці людських відносин; з точки зору правила визнання чи легітимності — виходить модель співпереживання щодо очікуваних наслідків правил, що впроваджуються у силу традиції чи визнання як взаємно збалансованого правила.

Можна лише здогадуватися, чого Л. Петражицький все ж таки акцентував увагу на детермінізмі людської психології при вчиненні актів поведінки, адже тут не завжди існує лінійний зв'язок.

2.2. Теорія справедливості Ролза. Виводячи власну двоступінчасту структуру свободи, Дж. Ролз аналізує проблеми розумності у праві в контексті розмежування розсудливості й раціональності. На відміну від утилітарності Дж. Ролз розглядає справедливість як чесність, на основі чого ним формулюється вимога вирівнювання: «...основна структура мала б допускати ці нерівності так довго, поки вони поліпшуватимуть становище кожного, включно із ситуацією найменш привілейованих, за тієї умови, що вони узгоджуються з однаковою свободою й чесними можливостями» [9, с. 215]. Виходячи із правила розрізнення як основи розуміння засад рівності (з рівними слід поводитися по-рівному, а з нерівними — не рівно), Дж. Ролз підкреслює важливість розсудливого ставлення до конкретного індивіда, з урахуванням його реального становища. Далі робиться висновок, що сторони розглядають самих себе як таких, що мають інтерес вищого порядку навіть у порівнянні із власними інтересами, оскільки такі відносини зачіпають функціонування соціальних інституцій.

Згідно із таким розумінням свободи Дж. Ролз визначає, що застосований до основної структури принцип середньої корисності вимагає такого впорядкування інституцій, щоб максимізувати абсолютно зважену суму сподівань пов'язаних осіб, які когось представляють [9, с. 227]. Такі речі цілковитою мірою визначають вимоги якості установчої влади в дусі конвенціоналізму і її продуктом є конституція, яка навряд чи задовольняє сподівання всіх і є продуктом практичної й середньої корисності¹.

Розсудливість чи то розважливість розглядається Дж. Ролзом через призму передбачення можливих наслідків та адекватне їхнє усвідомлення в уявленні. Тому робиться висновок, що раціональним буде такий вибір із запропонованих варіантів, такий план, який би вона обрала за допомогою розважливої раціональності [9, с. 569]. Тобто Дж. Ролз акцентує увагу на зважуванні варіантів у конкретному контексті, за якого буде обраний не найкращий, а найоптимальніший, найдійовіший за відповідних обставин варіант. Тут знову ж таки постає проблема доступу до інформації з точки зору правової визначеності, оскільки брак такої також перешкоджає процесу ухвалення раціонального рішення. За будь-яких обставин тут постають питання свободи як здійснення відповідального вибору суверенною особою.

¹ «...на конституційних зборах метою сторін є знайдення поміж справедливих конституцій... однієї такої, котра б, найімовірніше, привела до справедливого й дієвого законодавства з огляду на загальні факти суспільства, про яке йдеться. Конституція розглядається як така по собі справедлива, але не довершена процедура, сформована для забезпечення, наскільки це дозволяють обставини, справедливого результату. Недовершена вона тому, що немає такого здійсненого політичного процесу, котрий би гарантував справедливість прийнятих відповідно до неї законів. У політичних справах годі досягти довершеної процедурної справедливості... Наш природний обов'язок підтримувати справедливі інституції змушує нас коритися несправедливим законам і політичним напрямом чи принаймні не чинити їм опору незаконними засобами, поки вони не переступили певних меж несправедливості» [9, с. 486–487].

2.3. Погляд на проблему з точки зору структури конституціоналізму.

Вона ґрунтується на таких концептуальних засадах.

i) Екстраполяція емпіричного досвіду на доктрину конституціоналізму та динаміку політико-правових інститутів. Уже згадуваний Р. Патнам підкреслював [8], що інститути громадянського суспільства і політичної системи, побудовані на мережі соціальних зв'язків, свідчать, у свою чергу, про ефективність правових норм і процедур. Така екстраполяція емпіричного досвіду на конституційні явища і процеси досить часто призводить до використання міждисциплінарних підходів.

ii) Взаємозв'язок соціальних цінностей та конституційних явищ і процесів. Динаміка конституційних явищ і процесів свідчить, що вони зумовлені певною структурою суспільства, мереживом соціальних зв'язків та усталених стереотипів поведінки. Останні є результатом спонтанних соціальних процесів, відтворюються у поведінці та певним чином еволюціонують, тому існують певні чинники, що обумовлюють природу цих явищ [14]. Лібералізм акцентує увагу на мінімізації втручання публічної влади у приватну автономію, натомість постмодерн — на диференціації, правах і свободах людини, культурний релятивізм. Оскільки правила у суспільстві складаються спонтанно, то процес їх реалізації, наслідком чого є певний конституційний порядок, уявляється як нелінійний процес.

iii) Ієрархія конституційних цінностей та обґрунтування рішень. З точки зору юридичного позитивізму писана конституція задовольняє вимогам правової визначеності, оскільки містить у собі каталог прав і свобод людини та межі здійснення публічної влади. Однак структура конституції зумовлена саме ієрархією соціальних цінностей, які забезпечуються конституційним захистом. Адже відбувається процес інституціалізації цінностей, які не можуть бути предметом ревізії конституції за жодних умов. Саме з точки зору фундаментальних цінностей, які мають сталий характер, вирішується власне проблема недостатності інформації та зважування емоційного й раціонального при ухваленні рішень, що на практиці виливається у рівні компетентності.

iv) Структура конституції та вимоги до рішень. Конституційні цінності істотно впливають на структуру конституції, що зумовлює логіку втілення її положень у життя. Певною мірою спостерігається взаємозв'язок між структурою конституції та ступенем її реалізації, що зумовлює інституціональну компоненту конституційного порядку [15]. З формально юридичної точки зору також спостерігається внутрішня структуризація конституції за ступенем юридичної сили її положень¹.

3. Конституційний контроль і проблема вибору

Традиційний спір між судовим конституційним контролем та верховенством парламенту вирішується через балансування, що залежить від конституційної традиції. Загалом, конституційна юстиція забезпечує у такий спосіб верховенство конституції стосовно установлених влад. Нижче будуть наведені приклади «складних справ», які стосувалися сфери свободи конституційного

¹ Ця структуризація зумовлена такою схемою: положення конституції, що не підлягають перегляду, — положення, які потребують особливої процедури перегляду і вони виступають критерієм для конкретних приписів конституції — основні вимоги до законодавства, адміністративної та судової практики, які ґрунтуються на положеннях конституції.

розсуду парламенту щодо моделей правового регулювання у світлі конституційних принципів.

3.1. Справи про утворення коаліції в парламенті. Розгляд цих справ Конституційним Судом України (далі — КСУ) пов'язаний із двоякою проблемою: а) ригідністю положень частин 6–10 ст. 83 Конституції, яка є своєрідним «правилом довгої руки» і надмірно втручається у свободу політичної діяльності; б) мультиваріативністю перебігу політичного процесу за відсутності стійких політичних партій, що ускладнює або навіть унеможлиблює запуск зазначених механізмів ст. 83 Конституції.

і) Справа 2008 року. Рішення КСУ у справі про коаліцію депутатських фракцій [16] викладено суто у нормативістському трактуванні частин 6–10 ст. 83 Конституції. Змістовний аналіз і SWOT-аналіз на стадії розгляду справи вказували, що КСУ при нормативістському підході вирішення цієї справи доведеться знову повернутися до її розгляду, чим себе може загнати у безвихідь і викликати кризу в конституційній системі, що незабаром і сталося.

Насправді, проблема полягає в тому, що ст. 83 слід інтерпретувати у взаємозв'язку з іншими принципами і положеннями Конституції, оскільки така має тлумачитися як цілісний документ у світлі її цілей та фундаментальних принципів¹. Однак найсуттєвішою вадою аргументації рішення КСУ було те, що Суд не потурбувався про обґрунтування того, чому саме ті чи інші положення Конституції він застосовує та на яких підставах, з урахуванням якого саме фактичного складу.

Натомість правила частин 6–10 ст. 83 Конституції регулюють суто політичну діяльність і такі формули не притаманні конституціям зарубіжних держав, оскільки вони визначають питання розсуду суб'єктів політичного процесу, тобто ці питання виходять за межі вимог мінімальності правового регулювання². Загалом ця юридична конструкція є вкрай невдалою, яка не сприяє вирішенню політичних конфліктів юридичним шляхом, а навпаки — консервує (обструкція парламентом уряду) або каналізує їх (нестійкість коаліції, оскільки неможливо за цих умов створити уряд меншості).

ii) Справа 2010 р. Рішення КСУ від 6 квітня 2010 р. [17] набуло резонансного значення, оскільки легітимувало прихід пропрезидентського уряду до влади фактично на порушення конституційної процедури. Це приклад, коли КСУ без якихось хоча би загальних зауважень різко змінив власну юриспруденцію з

¹ Натомість пікантною є методика обґрунтування цього рішення Конституційним Судом, яка спиралася переважно на цитування самих положень Конституції та положень Регламенту Верховної Ради. Оскільки Регламент парламенту не був на той час ухвалений у формі закону, то він був визнаний цілком правомірно неконституційним.

² Зокрема, частина шоста ст. 83 Конституції імперативно визначає, що «за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України». Якщо ці правила трактувати з точки зору свободи політичної діяльності (ст. 15) та гарантій вільного волевиявлення депутатів парламенту (ч. 2 ст. 80 Конституції), це може заходити у конфлікт із правами конкретних депутатів. Таке конституційне регулювання взагалі виключає механізми подолання політичного клінчу, коли у парламенті немає достатньо голосів для формування складу уряду меншості, як це було із другим кабінетом М. Тополанека у Чехії протягом 2006–2009 років (уряду М. Тополанека було оголошено вотум довіри, який був заснований на компромісові між лівою і правою коаліціями, які контролювали рівно по 50 депутатських голосів з-поміж 100 депутатів парламенту, тобто фактично це був уряд меншості, технократичний уряд).

одного і того ж питання. Відсутність перспективної візії своїх рішень чітко вплинула на характер схвалюваного рішення. Як справедливо підкреслили експерти з питань правосуддя, згадане рішення могло «конкурувати хіба що із рішенням... у справі щодо перебування на посту Президента (так зване “рішення про третій строк Л. Кучми”)» [18]. Бачення своєї візії, соціальної функції та відповідальності виражає також емоційне та раціональне начала у конституційного судді, яке має базувати на його рівні компетентності з питань конституційного права, життєвому досвіді та гідної поведінки.

У суто радянському дусі, через предикат, на порушення засад конституційного конформного тлумачення законів КСУ надав інтерпретацію Конституції через положення Закону про Регламент Верховної Ради, який вже був ухвалений на той час¹. Натомість, відповідно до правил *overruling* Суд може переглянути власне *stare decisis* лише у разі виявлення його шкоди для правової системи та *mutatis mutandis* за належного обґрунтування підстав перегляду власної юриспруденції [19, с. 339–347].

Водночас у світлі конституційних принципів та сутності змісту свободи політичної діяльності (ст. 15), свободи об'єднань (ст. 36) та депутатського індемнітету (ст. 80) ст. 83 Конституції набуває зовсім іншого звучання, оскільки правила останньої надмірно звужують сутність змісту зазначених фундаментальних свобод, які є основою конституційного порядку. Такі виходять парадоксальні ситуації у разі відсутності чіткої візії передбачуваних наслідків чинності конституційних принципів і положень.

3.2. Справа про порушення конституційної процедури ухвалення Закону № 2222. У цій справі [20] КСУ не володів належною юрисдикцією², не навівши переконливих доводів щодо зміни своєї юриспруденції чи через правило *overruling*, чи визнання помилки.

i) *Конституційні цінності та захист конституційного порядку.* У цій справі КСУ, як впливає з аналізу рішення, не ставив собі за мету захист конституційних цінностей, така мета припускається імпліцитно — питання процесуальної справедливості є також цінністю у праві. Ухвалення парламентом Закону № 2222 одночасно із ординарними законами та без позитивного висновку КСУ є грубим порушенням конституційної процедури. КСУ може розглядати конституційні законопроекти, які не набрали чинності, оскільки інакше — в режимі *a posteriori* — юдикатура грубо втручається у конституційне регулювання, яке є в полі розсуду носія установчої влади — народу України.

ii) *Конституційна процедура та захист конституційного порядку.* Судовий активізм мислимий за умови «добудови права» [22], яка ґрунтується на конкретних обставинах справи і за жодних умов не повинна мати наслідком масш-

¹ Тобто КСУ тлумачив положення ст. 83 Конституції не у світлі конституційних положень та *stare decisis* рішення від 16 вересня 2008 р., яке певним чином зв'язувало його у силу ст. 152 Конституції, а саме через положення правового акта, який є об'єктом конституційного контролю — Регламенту парламенту.

² Насправді не є завданням конституційних судів переписувати конституції з урахуванням природи установчої влади та природи власної діяльності, оскільки: 1) предметом цього контролю є акт установчої влади, а не законодавчий акт; 2) КСУ у своїй практиці протягом чотирьох років застосовував оспорювані положення Конституції, чим він легітимував їх; 3) конституційні суди не пишуть конституцій, вони на засадах верховенства права і справедливості вирішують конституційні спори [21].

табну зміну моделі правового регулювання. Розумний суддя за зазначених обставин повинен урахувати, що скасування конституційного закону у цілому має масштабні юридичні наслідки, *inter alia* щодо:

- обсягу повноважень конституційних органів влади;
- порядку набуття та перебігу строків їх повноважень;
- зміни конституційної системи стримувань і противаг як центрального елементу поділу влади.

За своєю природою жоден Суд, постановляючи власне рішення, не може вирішувати питання, яке лежить в полі розсуду конституційних органів влади. Таким чином, конституційний закон може бути належним чином переглянутий у рамках загальної процедури внесення змін до Конституції після забезпечення демократичних засад його обговорення та ухвалення.

iii) Цілі конституційного контролю та установча процедура. Метою конституційного контролю є захист фундаментальних правових принципів та вирішення спорів стосовно розуміння окремих аспектів конституційних положень, особливостей їх конкретизації в актах законодавства, управління та правосуддя. Цілі конституційного контролю залежать від обрання суддівської стратегії, починаючи від моделі стримування до закінчуючи моделлю активізму. За будь-яких обставин обрання судом стратегії вирішення справ, пов'язаних із реалізацією установчої влади народу, має бути спрямовано на забезпечення легітимності установчого процесу та підвищення стандартів захисту прав людини.

3.3. Конституційна юстиція і проблема вибору. Справа про розпуск Комуністичної партії [23] є прикметною значущістю дискурсу і ролі особистості судді в процесі конституційного судочинства. Особливістю цієї справи було те, що деякі судді КСУ свого часу були залучені до підготовки Указу Президії Верховної Ради УРСР про розпуск Компартії України і вони заявили самовідвід у цій справі. Слід наголосити, що ці судді були авторитетними конституціоналістами і теоретиками права, що значно вплинуло на дискурс між судьями під час розгляду цієї справи по суті. Склад *amicus curiae* у цій справі, виходячи із складу експертних установ та науковців (які представляли переважно осіб із комуністичною ідеологією), які неповно представляли наукові школи України, також обмежив демократичність дискурсу.

Заданий тон дискурсу призвів до того, що КСУ із незрозумілих і явно надуманих міркувань¹ застосував фактично зворотну силу Конституції 1996 р. до правових актів вже неіснуючого органу Верховної Ради, які були ухвалені у 1991 р. у результаті парламентського розслідування участі КПУ в Державному комітеті з надзвичайного стану, що мав спробу згорнути реформи в тогочасному СРСР, узурпувавши владу.

У руслі постструктуралістської деконструкції майже за Ж. Дерріда [24] КСУ, спираючись навіть на сумнозвісну шосту статтю радянської фейкової конституції (за Дж. Сарторі [1]), наводить думку, що ні КПРС, ні КПУ не були

¹ При цьому КСУ навів певні міркування, що ці правові акти Президії Верховної Ради УРСР мають характер нормативно-правових актів, хоча насправді вони є класичним актом індивідуальної дії, яким була зупинена і розпущена фактично злочинна організація. А заходи, спрямовані на звільнення членів КПУ та вирішення долі партійного майна, можна було розцінювати хіба що як організаційні елементи процедури ліквідації цієї організації як юридичної особи.

організаціями, оскільки КПРС визнавалася як «керівна і спрямовуюча сила радянського суспільства, ядро політичної системи, державних і громадських організацій», і ці функції «фактично нею здійснювалися і після виключення 24 жовтня 1990 року статті 6 з Конституції... УРСР», а тому вони взагалі «не були партіями чи організаціями» у сенсі «статей 15, 36, 37 чинної (?) Конституції України»¹.

Криза пострадянського праворозуміння, його відверте нехтування правами людини, етатистський стиль правової системи наклали свій відбиток на розгляд цієї справи КСУ. В умовах перехідних суспільств, як правило, емоційне начало бере верх над раціональним, що впливає на зміст юридично значущих актів.

4. Установча влада та проблема вибору

Установча влада стосується кардинального, вирішального вибору народом способу конституційного правління та визначення стратегії розвитку суспільства. Водночас слід наголосити, що конституцію складно уявити як якийсь глобальний соціальний проект.

4.1. Основні моделі установчої влади в контексті вибору. Проблема вибору в конституціоналізмі стосується реалізації моделей установчої влади.

i) *Парламентські моделі* зорієнтовані на те, щоб пригасити чи обмежити політичні пристрасті у ході ухвалення конституцій чи їх перегляду. Це досягається, як у Нідерландах, через вимогу належної процедури, згідно з якою у разі внесення змін до конституції нижня палата парламенту підлягає розпуску, а конституційні зміни набувають чинності лише за умови їх схвалення парламентом наступної каденції. Цей підхід нині критикується, оскільки країнам Північної Європи, де діє ця модель, протягом тривалого періоду притаманна діяльність урядів меншості і в цих умовах не можна вирішити кардинальні проблеми. Альтернативою цьому є процедура схвалення конституційного законопроекту кваліфікованою парламентською більшістю, але такі закони підлягають наступному матеріальному конституційному контролю щодо відповідності фундаментальним принципам права, які є непорушними.

ii) *Конвентистські моделі* є практичним втіленням ідей конституанти. Воно інколи є навіть сумнівним з точки зору легальності — яскравим прикладом є Філадельфійський конвент, який не володів повноваженнями на ухвалення федералістської конституції. Однак Конституція США була ратифікована легіслатурами всіх штатів, сьогодні застосовується належним чином Верховним судом США, що забезпечило загалом легітимність процесу. Так само Національні установчі збори у результаті своєї діяльності схвалили Конституцію Франції,

¹ Такий дискурс у рішенні КСУ чітко демонструє залежність змісту правових явищ і процесів в Україні від радянської спадщини. Останній штрих, що характеризував стиль КСУ тодішнього періоду, — це посилання на правову позицію Генеральної прокуратури транзитом через постанову Президії Верховної Ради вже України від 14 травня 1993 р., згідно з якою «не встановлено кримінальних звинувачень керівництва Компартії України у підтримці своїми діями державного перевороту 19–21 серпня 1991 року і сприянні тим самим його здійсненню на території України».

Слід зазначити, що радянському праву була притаманна гіпертрофована роль прокуратури у системі захисту прав людини, яка не витримала іспиту часом, особливо у період репресій за часів радянського правління і навіть під час Революції Гідності (ігнорування обов'язку розслідування фактів кіднепінгу, катувань, зникнення і вбивств учасників масових протестів на Євромайдані). Це також справило вплив на КСУ при розгляді справи.

яка набула чинності 30 вересня 1791 р. Загалом конвентистські моделі засвідчують фазу переходу країн від колоніальної залежності, диктатур чи тоталітарних практик правління і не завжди одразу засвідчують утвердження конституційного порядку (як то було у Франції).

iii) *Змішані моделі* реалізації установчої влади базуються на поєднанні матеріальних і процесуальних обмежень внесення змін до конституцій, прикладом чого можуть служити вимоги статей 3, 5, 22, 72 та розд. XIII Конституції України. Процесуальні обмеження, пов'язані із вимогою повторного схвалення певних конституційних положень, спрямовані на улагодження політичних пристрастей, поглиблення соціального діалогу та обмін суспільно значущими думками у ході ухвалення рішення. Зважування конституційних цінностей обумовлює різні моделі балансування та обґрунтування таких змін.

4.2. Проблема легітимності Конституції України в контексті вибору.

Після колапсу Радянського Союзу так і не відбулося реальної декомунізації та десовєтизації влади, оскільки посткомуністична еліта і далі контролювала процес здійснення влади¹, що реально перешкодило реалізації конвентистської моделі встановлення конституційного порядку.

Процесу реалізації установчої влади також істотно перешкоджали протистояння Верховної Ради і Президента, слабка політична система, незавершена приватизація та відсутність належних гарантій права власності. Політичним компромісом стало прийняття 8 червня 1995 р. Конституційного Договору між Верховною Радою і Президентом на період до прийняття нової Конституції України. Насправді, легітимним способом мало стати схвалення спеціального закону, який би визначав порядок розробки і ухвалення нової Конституції України, оскільки численні поправки до Конституції УРСР 1978 р. так і не сприяли становленню конституційного порядку, а консервували авторитаризм.

Парламент ухвалив нову Конституцію України під тиском глави держави, який виніс власну редакцію проекту Конституції на затвердження всеукраїнського референдуму, а також на фоні проведення виборів російського президента². Це вплинуло на певні елементи демократичної легітимності Конституції України, яку ухвалили понад дві третини депутатів парламенту, більшість яких були пов'язані комуністичною спадщиною.

4.3. Окремі проблеми установчої легітимності Конституційної комісії.

Такі обставини ухвалення Конституції України 28 червня 1996 р. завжди давали привід для її критики, на основі чого пропонувалися різного роду проекти її

¹ Після проголошення незалежності України та схвалення відповідного Акта на всеукраїнському референдумі інститути влади потребували своєї легітимності. Однак після набуття Україною своєї незалежності не були проведені вибори до Верховної Ради та місцевих рад. Як свідчить досвід «оксамитових революцій» у постсоціалістичних країнах, проведення нових виборів після падіння комуністичного режиму відкрило соціальні ліфти та ротацію політичних еліт. Натомість в Україні зі старими інститутами влади процес політико-правових реформ набув конфліктного характеру. Україна одна із останніх постсоціалістичних країн лише у 1996 р. ухвалила нову Конституцію, хоча у зазначених країнах були істотно ревізовані конституції соціалістичного візрця протягом 1989–1993 рр.

² Також депутати мали на увазі потенційно можливий прихід до влади комуніста Геннадія Зюганова (із його ревізійністською риторикою) за результатами другого туру президентських виборів 3 липня 1996 р. у Російській Федерації зі всіма їх наслідками.

ревізії¹. Однак найбільшою загрозою легітимності є практика виконавчої влади щодо неповаги до Конституції, оскільки переважно така ініціює її перегляд, навіть не намагаючись використати всі конституційні правила, тобто весь прогностичний і регулятивний потенціал Конституції.

Створення в березні 2015 р. Конституційної комісії має на меті забезпечити децентралізацію влади та забезпечення права на справедливий суд; предметом її роботи також стали проблеми реалізації конституційних прав і свобод. Реально процес децентралізації влади залежить від законодавства та адміністративної практики — фрагментарно вже цей процес розпочався через перерозподіл на користь громад окремих податків та фінансових трансферів. Без якихось змін до Конституції запущено процес добровільного об'єднання громад з метою становлення їх як самодостатніх об'єднань. По суті, самодостатнє самоврядування і справедливий суд є метою конституційної реформи.

5. Вибір та суспільно-політичні дебати: до реалізації конституції

Головним при реалізації конституції є ступінь втілення її положень у життя, зважаючи на домінування позицій юридичного позитивізму в Україні. Саме тут є важливим принцип вірності конституції, сформульований Федеральним конституційним судом Німеччини².

5.1. Вірність конституції та логіка вибору. Принцип вірності конституції поєднує органи влади і втілюється у вигляді такого алгоритму.

і) Суспільно-політичні дебати і раціональність вибору. Перебіг політичного процесу залежить від ступеня демократичності дискурсу стосовно передбачуваних наслідків владних рішень та заснованих на них запроваджуваних соціально-економічних заходів у політиці уряду та адміністрації. В умовах зростання ролі кіберправа та мас-медіа в суспільстві обмін політично значущими думками набуває вирішальної ваги у забезпеченні реалізації конституції. З точки зору

¹ Такі спроби були після всеукраїнського референдуму за народною ініціативою 2000 р. шляхом внесення змін до Конституції 4 грудня 2004 р., діяльності Національної конституційної ради (2007–2010 рр.) та Конституційної Асамблеї (2012–2014 рр.). Унаслідок переговорів трьох міністрів закордонних справ країн ЄС, спеціального посланника Росії, представників опозиційних фракцій парламенту із Януковичем 21 лютого 2014 р. було укладено Угоду про подолання політичної кризи та відбулося повернення до консенсусних механізмів функціонування влади. Після цього 22 лютого Верховна Рада 386 голосами депутатів ухвалила Закон про повернення до Конституції у редакції Закону № 2222, який на сьогодні виконує функцію перехідного конституційного акта, спрямованого на ухвалення нової Конституції (чи її нової редакції). Легітимізацію цього процесу забезпечило призначення дострокових президентських виборів, а пізніше, восени 2014 р., — парламентських.

² У справі про загороджувальний бар'єр на виборах депутатів Європарламенту ФКС Німеччини наголосив, що у 2011 р. він визнавав вже неконституційним 5-відсотковий бар'єр, оскільки такий істотно викривлює волевиявлення виборців та їх представництво. Натомість 7 жовтня 2013 р. Бундстаг вніс зміни до Закону про вибори депутатів Європейського парламенту, знизивши виборчий бар'єр для партій до трьох відсотків. Рішенням від 26 лютого 2014 р. ФКС визнав такий загороджувальний бар'єр також неконституційним [25, с. 297, 299]: «...запровадження виборчого бар'єра в 3 % після визнання недійсним виборчого бар'єра в 5 % викликає заперечення не тільки в результаті того, що тим самим порушується заборона повторного прийняття скасованої норми або принцип вірності державних органів конституції (пункт 1)...

Законодавець не був повноважний замість визнаного нечинним п'ятивідсоткового виборчого бар'єра встановити оспорюваний тривідсотковий бар'єр не лише вже внаслідок обов'язкової юридичної сили рішення від 9 листопада 2011 року згідно з § 31 абз. 1 Закону про Федеральний Конституційний Суд».

комунікативної демократії ці питання стосуються гарантій вільного доступу до суспільно значущої інформації та гарантій свободи вираження поглядів. Переконаливість аргументів під час дискурсу є вагомим фактором ухвалення рішень, і він не завжди відповідає вимогам раціональності вибору, оскільки передбачає зважування коротко-, середньо- і довгострокових його перспектив з точки зору законних очікувань, що знову ж таки пов'язане з обмеженням доступу до інформації. Тому на перший план виступають гарантії свободи вираження поглядів. Водночас тут виникають і потенційні загрози через ведення різного роду інформаційних воєн [26], які можуть служити елементом проксі-воєн. На це також слід належним чином реагувати у рамках заходів, передбачених доктриною *militant democracy*¹, покликаною захищати фундаментальні цінності від маргінальних політичних течій і рухів.

ii) *Вільна конкуренція і змагання між політичними ідеями та програмами.* Діяльність у сфері політичного процесу в перехідних демократіях передбачає конкуренцію за доступ до ресурсів, які є завжди обмеженими. У практичній площині це втілюється у конкуренції політичних ідей та доступу до ресурсів між організаціями лобістів. Політичний інфантилізм вітчизняних партій має наслідком злиття функцій лобіювання та народного представництва, що не сприяє раціоналізації політичного процесу. Засобами подолання такого стану може стати легалізація лобіювання шляхом реєстрації лобістських організацій при парламенті, заборона лобіювання у діяльності депутатів парламенту, державне фінансування парламентських партій, встановлення заборон певних видів політичної агітації. Тому лобіювання має відігравати роль суто як функціонал, а не вирішальний фактор політичних рішень, що сприятиме хоча б частковій раціоналізації політичного процесу, зокрема законодавчого. Інакше, ми будемо й надалі рухатися у системі координат, описаної ще у 1920-х рр. доволі точно К. Шміттом [28], який критикував вади ліберального парламентаризму, хоча напевно їх можна віднести до класичного лібералізму, оскільки плутократія, непотизм, політична фрагментація, корупція притаманні перехідним демократіям. Лібералізм натомість тяжіє, швидше, до традицій республіканізму, яким означені вище речі є абсолютно чужими.

iii) *Свобода розсуду законодавця та моделі правового регулювання.* Демократія не є всеосяжною системою необмеженого правління «тиранії більшості». На думку М. Сейварда, демократична система повинна адекватно реагувати на суспільні запити й потреби². Законодавець пов'язаний конституційними принци-

¹ Зокрема, канадський досвід у сфері боротьби проти ворожих висловлювань як невід'ємного елементу інформаційних воєн, передбачає такі заходи:

- у законі про боротьбу з тероризмом 2001 були включені більш жорсткі положення, спрямовані проти пропаганди ненависті і дозволяють за вказівкою суду видаляти з Інтернету висловлювання, які сприяють розпалюванню ворожнечі;
- передбачено склад злочину на ґрунті ненависті, пов'язаний із заподіянням шкоди місцям відправлення релігійних культів і посяганням на власність релігійних організацій;
- Верховний суд вважає кримінальну заборону на «мову ненависті» розумною і пропорційною щодо свободи вираження (R. v. Keegstra (1990) 3 S.C.R. 397 і R.A.V. v. City of St. Paul 112 S.Ct. 2538(1992));
- використання кримінальної санкції може бути обґрунтовано турботою про жертви розпалювання ненависті і забезпечення їх права на рівність [27].

² Тому М. Сейвард відстоює концепцію самообмежувальної демократії, яка складається з низки елементів: «якщо а) правління, яке реагує (*responsive rule*), має діяти в політичних спільнотах настільки, наскільки це можливо і б) правління, яке реагує, може перетворитися просто на систе-

пами і цінностями, які й визначають рамки законодавчого регулювання та можливий вибір певної моделі регулювання (від лібертарної до соціетальної).

5.2. Вірність конституції та втручання у приватне життя. Основоположна конституційна норма¹ визначає принцип, який є надпозитивним, тобто визначає критерії якості писаного права — встановлює вимоги до форми викладу та змісту закону, який за жодних умов не може посягати на реальну здатність особи забезпечити доступ до матеріальних чи духовних благ або захистити законний її інтерес. У структурі конституційного порядку категорія «гідність людини» є «відкритим положенням», яке у ході конкретизації та інтерпретації законодавства наповнюється змістом і надає обґрунтування стосовно забезпеченню особі рівних можливостей для вільного розвитку своєї індивідуальності. Таким чином, сутність змісту права людини полягає у можливості особи робити суверенний і відповідальний вибір стосовно розвитку своєї індивідуальності у відкритому суспільстві².

У свою чергу, повага до прав людини насамперед означає, що законодавство має належним чином визначати їх обсяг і зміст. Законодавець несе відповідальність за належне регулювання згідно з конституційними цінностями і принципами, оскільки неякісний закон, непридатний до застосування, означає відсутність законодавчого регулювання. Звідси випливає вимога до якості публічного управління як процесу вирішення питань суспільного значення.

З точки зору систематики юридичних засобів втручання у приватну автономію здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону³. Ідея втручання у сферу приватної автономії ґрунтується на тому, що держава є найбільш ефективним гарантом прав людини і одночасно — найбільш потенційним їх порушником.

Конституція закладає стандарти законодавчого регулювання, яке має насамперед відповідати ідеям захисту прав людини та доступності управлінських послуг індивідам. Це вимагає корінної перебудови діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування. Адже як справедливо зазначає Б. Леоні, законодавче регулювання має наслідком обмеження прав людини [33, с. 115 і наст.] — тому мають додержуватися стандарти стосовно збереження сутності змісту основного права⁴. Вибір полягає саме у поліпшенні стандартів захисту прав людини.

му правління більшої, тоді в) чинники, логічно потрібні для стійкості правління, яке реагує, мають бути поза процедурами прийняття рішень більшістю» [29, с. 28].

¹ Як така розглядається формула речення третього частини другої ст. 3 Конституції: «Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

² Так, П. Коллер характеризує три моделі, які визначають обсяг значущості прав людини: а) модель розділених; б) модель всеохоплюючого світового суспільства; в) модель взаємозалежних національних суспільств [30, с. 100–102]. Ця модель є цілком задовільною, оскільки вона враховує диференціацію різних типів правової традиції та їхньої взаємодії стосовно розуміння прав людини.

³ З цього приводу Шмідт-Ассманн пише так: «З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирима ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання» [32, с. 81].

⁴ Нещодавно про ці стандарти висловився Конституційний Суд [34] таким чином: «...обмеження має встановлюватися виключно Конституцією та законами України; переслідувати легітимну мету; бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційним та обґрун-

Висновки

Проблема поєднання емоційного та раціонального у сучасному конституціоналізмі полягає у зважуванні конституційних цінностей і принципів, що виявляється у функціонуванні правових інституцій та дієвості правил. Такі правила не завжди є справедливими, оскільки вони ґрунтуються на суспільному визнанні та належній формалізації, виражаючи середню корисність із набору можливих варіантів. За будь-яких обставин тут постають питання свободи як здійснення відповідального вибору суверенною особою, наділеною повнотою приватної автономії. Психологічні установки, переживання та емоції знаходять вияв у юриспруденції в забезпеченні соціальної взаємодії, яка може мати конфліктну, нейтральну чи кооперативну моделі із їхніми модифікаціями.

Аналіз реалізації установчої влади народу та конституційного правосуддя засвідчує проблему недостатності інформації, що знижує раціональність вибору правил і процедур у ході ухвалення юридично значущих рішень. Це компенсується через нейтральність юридичних процедур та зважування конституційних цінностей. Якщо конституційній юстиції притаманні стратегії від судового активізму до суддівського самообмеження, на чому будуються логіка та аргументація її актів, то для конституцієдавця стратегія завжди є активною, оскільки вона спрямована на визначення певної конституційної моделі, найбільш придатної для наявної структури соціальних інститутів, процедур і правил. У світлі конституційних цінностей законодавець і виконавча влада мають ухвалювати власні рішення відповідно до засад вірності конституції, належним чином конкретизуючи та деталізуючи її зміст. Основним критерієм легітимності дій влади є забезпечення прав і свобод людини, що й визначає сучасне розуміння проблеми у світлі демократичного дискурсу та вибору певного рішення органами публічної влади.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Sartori Giovanni*. Constitutionalism: A Preliminary Discussion / Giovanni Sartori // *The American Political Science Review*. — 1962. — Vol. 56, № 4. — P. 853–864.
2. *Dutch King Willem-Alexander declares the end of the welfare state* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/dutch-king-willemalexander-declares-the-end-of-the-welfare-state-8822421.html>.
3. *Остром Э.* Управляя общим: эволюция институтов коллективной деятельности : пер. с англ. / Элино́р Остро́м. — М. : ИРИСЭН, Мысль, 2010. — 447 с. — (Серия «Экономика»).
4. *Олсон Мансур.* Логика коллективных действий. Общественные блага и теория групп / Мансур Олсон ; пер. с англ. Е. Окороченко. — М. : Фонд Экон. Инициативы, 1995. — 174 с.
5. *Olson Mancur*. Dictatorship, Democracy, and Development / Mancur Olson // *American Political Science Review*. — 1993. — № 3. — P. 567–576.
6. *Аннерс Э.* История европейского права : пер. со швед. / Э. Аннерс ; Ин-т Европы. — М. : Наука, 1994. — 397 с.

тованим. У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права».

7. *Томпсон Е.* Трубадури імперії: Російська література і колоніалізм / Ева М. Томпсон. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2006. — 368 с.
8. *Патнам Роберт Д.* Творення демократії: Традиції громадської активності в сучасній Італії : пер. з англ. / Роберт Д. Патнам ; за участю Роберт Леонарді, Рафаелла Й. Нанетті. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. — 302 с.
9. *Ролз Дж.* Теорія справедливості / Джон Ролз [пер. з англ. О. Мокровольський]. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. — 822 с.
10. *Габермас Ю.* Залучення іншого: Студії з політичної теорії / Юрген Габермас ; пер. з нім. А. Дахній ; наук. ред. Б. Поляруш. — Львів : Астролябія, 2006. — 415 с.
11. *Даль Р.* Демократія і її критики : пер. с англ. / Р. Даль ; под ред. М. В. Ильина. — М. : РОССПЭН, 2003. — 576 с.
12. *Бьокенфьорде Е.-В.* Чи є демократія необхідною вимогою прав людини? / Е.-В. Бьокенфьорде // Філософія прав людини [за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна]. — К. : Ніка-Центр, 2008. — С. 163–171.
13. *Петражицкий Л. И.* Введение въ изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии / Л. И. Петражицкий. — Изд. 3-е. — СПб. : Тип. Ю.Н. Эрлихъ, 1908. — iv+266 с.
14. *Richers D.* Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? / D. Richers // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht. — 2007. — № 67. — S. 509–540.
15. *Політико-правові інститути сучасності: Структура, функції, ефективність* / за заг. ред. М. І. Панова, Л. М. Герасіної. — К. : Ін Юре, 2005. — 382 с.
16. *Рішення Конституційного Суду України № 16-рп/2008 від 17.09.2008 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08>
17. *Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/2010 від 06.04.2010 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10>
18. *Щодо рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.khpg.org/en/index.php?id=1271109353>.
19. *Барак А.* Судейское усмотрение : пер. с англ. / Аарон Барак. — М. : НОРМА, 1999. — 376 с.
20. *Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10>.
21. *Савчин М.* Конституційний Суд України та реалізація Конституції України / Михайло Савчин // Публічне право. — 2015. — № 1. — С. 9–17.
22. *Циппеліус Р.* Юридична методологія / Р. Циппеліус ; пер., адаптація, приклади з права України та список термінів Р. Корбута. — К. : Реферат, 2004. — 176 с.
23. *Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2001 від 27 грудня 2001 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-01>.
24. *Дерида Ж.* Письмо та відмінність / Ж. Дерида ; [пер з фр. В. Шовкун]. — К. : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2004. — 602 с.
25. *Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент* // Дайджест публичного права і міжнародного права Інститута Макса-Планка. — 2014. — № 2. — С. 285–324 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://dpp.mpil.de/03_2014/03_2014_285_324.pdf.
26. *Почепцов Г. Г.* Информационные войны / Г. Г. Почепцов. — Киев : Ваклер; М. : Рефл-бук, 2000. — 280 с.
27. *Кент Роч.* Антитерроризм и воинственная демократия / Роч Кент // Сравнит. конституц. обозрение. — 2002. — № 2 (47)–3(48).

28. Шмитт Карл. Политическая теология : сборник / Карл Шмитт ; пер. с нем. ; закл. ст. и сост. А. Филиппова. — М. : КАНОН-пресс-Ц, 2000. — С. 15–98.
29. *Визначення і вимірювання демократії* / за ред. Д. Бітема ; пер. з англ. Г. Хомочко. — Львів : Літопис, 2005.
30. *Коллер П. Сфера значущості прав людини* / П. Коллер // *Філософія прав людини* / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна ; пер. з нім О. Юдіна та Л. Доронічевої. — К. : Ніка-Центр, 2008. — 320 с. — (Серія «Зміна парадигми»; Вип. 13).
31. *Рішення Конституційного Суду України № 7-рп/2013 від 11.07.2013* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-13>.
32. *Шмідт-Ассманн Г. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права* / Г. Шмідт-Ассманн ; пер. з нім. Г. Рижков, І. Соїко, А. Баканов ; відп. ред. О. Сироїд. — Вид. 2-ге, переробл. та допов. — К. : К.І.С., 2009. — 552 с.
33. *Леони Бруно. Свобода и закон* / Бруно Леони ; пер. с англ. В. Кошкина ; под ред. А. Куряева. — М. : ИРИСЭН, 2008. — 308 с.
34. *Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2015 від 8 квітня 2015 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-15>.

Савчин М. В. Емоційність і раціональність у контексті сучасного конституціоналізму

Анотація. У статті розкривається прояв емоційних та раціональних аспектів у конституціоналізмі, виходячи із аналізу теорій соціальної взаємодії, теорій ігор, психологічної та комунікативної теорій права. Динаміка конституціоналізму розкривається як багатоаспектний процес зважування та забезпечення балансу інтересів відповідно до вимог належної правової процедури. Основним критерієм такого рішення виступають гарантії суверенного вибору приватної особи, яка ґрунтується на повазі гідності та прав людини.

Ключові слова: балансування, емоційність, конституційна юстиція, конституціоналізм, раціональність, розсудливість, установча влада.

Савчин М. В. Эмоциональность и рациональность в контексте современного конституционализма

Аннотация. В статье раскрывается проявление эмоциональных и рациональных аспектов в конституционализме, исходя из анализа теорий социального взаимодействия, теории игр, психологической и коммуникативной теорий права. Динамика конституционализма раскрывается как многоаспектный процесс взвешивания и обеспечения баланса интересов в соответствии с требованиями надлежащей правовой процедуры. Основным критерием такого решения выступают гарантии суверенного выбора частного лица, который основан на уважении достоинства и прав человека.

Ключевые слова: балансирование, эмоциональность, конституционная юстиция, конституционализм, рациональность, рассудительность, учредительная власть.

Savchyn M. Emotionality and Rationality in the Context of Modern Constitutionalism

Summary. The expression of emotional and rational aspects of constitutionalism, relying on the analysis of social interaction theories, theories of games, psychological and communicative theories of law, is revealed in the article. The dynamics of constitutionalism is explained as a multidimensional process of weighing and providing balance of interests in accordance with the requirements of due legal process. The main criterion for such decision is the guarantee of individual sovereign choice, based on the respect for the dignity and human rights.

Key words: balancing, emotionality, constitutional justice, constitutionalism, rationality, prudence, constituent power.

ПСИХОЛОГІЧНІ ФАКТОРИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВОСУДДІ

О. ЄВСЄЄВ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права України
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Як відомо, Основний Закон України закріплює своєрідну монополію конституційного правосуддя щодо офіційного тлумачення конституційних норм, позбавлення неконституційних приписів їхньої юридичної сили, а також щодо конституційного, такого, що має обов'язковий характер, тлумачення нормативних положень. Як наслідок, у національній правовій системі немає інших публічних інститутів, які уповноважені на офіційне тлумачення конституційних норм і виявлення конституційного сенсу законів. Тому цілком зрозумілою виглядає та обставина, що характер суддівського розсуду в конституційному правосудді істотно відрізняється від аналогічного явища в загальних судах. Якщо в останньому випадку їх завдання полягає в тому, щоб обрати один із декількох варіантів поведінки, передбачених нормою матеріального або процесуального права [див: 1, с. 13], то в конституційному судочинстві відбувається сама оцінка цих норм з позицій належного і справедливого. При цьому слід враховувати, що яких би то не було чітких уніфікованих критеріїв здійснення такої оцінки, суворо кажучи, не існує.

Більше того, процесуальна незалежність конституційних суддів та їх незв'язаність статутними нормами поєднуються з вимогою дотримуватися Закону «Про Конституційний Суд України» лише остільки, оскільки діє презумпція його відповідності Конституції, що в принципі не виключає можливості перевірки конституційності та норм цього Закону (як, наприклад, це мало місце в рішенні Конституційного Суду України від 26 червня 2008 р. у справі про повноваження Конституційного Суду України). Все це робить суддівський розсуд у конституційному правосудді без перебільшення необмеженим.

У той же час не варто, напевно, представляти справу так, ніби рішення, що приймаються органом конституційної юрисдикції, є продуктом його абсолютної дискреції у виборі норм та їх інтерпретації. Навпаки, ті підходи, процедури, способи і системи аргументації, що використовуються Конституційним Судом і дозволяють, фігурально висловлюючись, відрізнити право від «неправа», все ж мають особливі характеристики, що обумовлюють винесення не будь-яких, а тільки тих, що відповідають букві і духу Конституції, рішень, які базуються,

у свою чергу, на принципах верховенства права, правової держави і правової визначеності. Повторимося, що визначають такі підходи стандарти, закладені саме в Основному Законі.

Крім того, значно сковує суддівський розсуд у конституційному правосудді заборона розгляду справ за власною ініціативою Суду. Як вказує Т. Морщакова, «заборона відкриття провадження за власною ініціативою Суду направлена на те, щоб виключити його втручання у сферу політики, до якої завжди належить вибір моменту для прийняття того чи іншого рішення» [11, с. 150]. Додамо до наведеного, що зазначена заборона тягне за собою низку процесуально-правових наслідків. До них, зокрема, відносять неможливість зміни предмета подання (звернення) без відповідного волевиявлення заявника, можливість заявника зовсім відкликати його, що неминуче має наслідком припинення провадження у справі, і т. д.

Справедливості заради відзначимо, що і в цьому випадку Конституційний Суд має дещо розширене «поле для маневру». Так, відповідно до ч. 2 ст. 95 Закону «Про Конституційний Суд України» у разі, якщо при тлумаченні закону України (його окремих положень) була встановлена наявність ознак його невідповідності Конституції України, Конституційний Суд у цьому ж провадженні вирішує питання щодо неконституційності цього закону.

Нарешті, в конституційному правосудді сфера суддівського розсуду відчутно обмежена рамками принципів права, визнаними і чинними у демократичному суспільстві, а також загальноправовими уявленнями. Надумку А. Кононова, основні принципи права являють собою «узагальнення природничих вимог, обумовлених природою людських відносин, що проявляються як у нормативній сфері, так і в оцінці чинних законів із позицій належного і справедливого» [9, с. 82]. Цінно, що багато з цих принципів вже знайшли своє формальне закріплення в Основному Законі, набувши тим самим якості інституційного обмежувача суддівського розсуду. «Правозастосувач за допомогою розсуду і з огляду на принципи права, — пише Г. Берченко, — встановлює правовий характер певних відносин, які не врегульовані правовими нормами» [3, с. 325].

Разом з тим існують і такі правові принципи, які не тільки не відображені в Конституції та інших законах, а й взагалі не піддаються однозначній формалізації (наприклад, свобода). Швидше, навіть така формалізація і включення принципу в закон у вигляді конкретної норми обмежили, звузили і позбавили б його змісту [14, с. 26]. Ця обставина дозволила судді Конституційного Суду РФ у відставці А. Кононову у бесіді з автором цих рядків висловити таку, що заслуговує на увагу, думку про те, що досягнути подібного роду правові ідеї можна тільки інтуїтивно. Саме в цьому, на його переконання, полягає основне призначення психологічного феномену інтуїції в роботі конституційного судді.

Переходячи до психологічної характеристики суддівського розсуду в контексті діяльності Конституційного Суду України, підкреслимо, що його дослідження неможливе без виявлення тих чинників, які багато в чому визначають і зумовлюють ключові етапи формування цього розсуду. У той же час саме суддівський розсуд є важливим чинником при ухваленні суддями своїх рішень. Так, згідно із дослідженням, проведеним Інститутом проблем правозастосування при Європейському університеті протягом 2011 р., 14 % суддів заявили, що власний розсуд для них «дуже важливий», ще 56 % відповіли, що в їхній роботі

розсуд «важливий», близько 17 % дійшли висновку, що «не дуже важливий», і тільки 6 % відкинули його значущість [4].

У літературі з прикладної психології зазначається, що суб'єктивний розсуд, що включає як інтелектуальні, так і вольові моменти, являє собою досить складний процес, що містить цілу низку послідовних стадій. Перша стадія — інтроспекція, тобто самоаналіз, на основі якого у суб'єкта відбувається усвідомлення конкретної потреби, що призводить до формування в нього інтересу, який підлягає задоволенню. За наявності відповідної установки суб'єкт на другій стадії приймає рішення про вибір належної мети і засобів її досягнення, перевіривши, таким чином, психічні переживання до правової сфери. На третій стадії розсуду суб'єкт керується вже не внутрішніми (особистісними) спонуканнями, а своєю правосвідомістю. На цій стадії суб'єкт пізнає ті правові засоби, за допомогою яких він може досягти поставленої мети, і, зрештою, обирає суб'єктивне право, в межах якого і буде задовольняти власний інтерес. На четвертій стадії розсуду суб'єкт за допомогою психологічних механізмів вольової регуляції починає виконувати дії щодо здійснення суб'єктивного права [10, с. 102].

Наведена вище психологічна структура розсуду є цілком справедливою і щодо конституційного судочинства з тим лише застереженням, що в Конституційному Суді діє принцип колегіального прийняття рішень. Однак, як правильно підкреслює член Конституційного Суду Білорусі В. Подгруша, це зовсім не означає, що розсуд Суду — це сума розсуду суддів [15, с. 30]. Коректніше говорити про те, що розсуд у конституційному судочинстві є необхідною для кожного із суддів, хто брав участь у розгляді справи, цариною роздумів і пошуку рішення, який здійснюється за наявності декількох легітимних альтернатив. А вже потім, як правило, у процесі наради щодо прийняття підсумкового рішення, відбуваються узгодження, взаємопроникнення і взаємозбагачення тих позицій, які судді принесли із собою до дорадчої кімнати. Отже, щодо конституційного правосуддя доречно вести мову не про суддівський, а про судовий розсуд Конституційного Суду як колективного суб'єкта *sui generis*.

У цьому зв'язку важливе значення має та обставина, що вибір рішення за конкретною справою у всіх випадках являє собою завершальний етап юрисдикційної діяльності Конституційного Суду, якому передують отримання достатньої для прийняття рішення інформації, а також правильне визначення і тлумачення норми Основного Закону, що підлягає застосуванню, як критерію конституційності оспорюваного заявником акта. При цьому треба враховувати, що в конституційному правосудді варіанти рішень не визначені законом, а виробляються самим правозастосувачем, тобто Конституційним Судом.

У психологічному плані важливо, що суддівський розсуд у конституційному правосудді завжди має моральну основу і залишає місце для особистого морального вибору суддів. Як зазначає С. Пашин, «оскільки шлях політичного вибору суддям Конституційного Суду закритий, від їх моральної переваги залежить, яке з тлумачень конституційних норм запанує тут і тепер, чи буде воно виправданням дрейфу в бік юридичного здичавіння або стимулом прогресивного розвитку правової системи» [13, с. 60]. У цьому зв'язку необхідно відзначити, що у низці справ, щодо яких Конституційним Судом були винесені рішення з окремими думками, аргументація, яка містилася в останніх, нерідко здавалася більш переконливою, ніж аргументація всього рішення. Таким чином, розсуд судді може бути виражений і в його окремій думці, але такий «розсуд» вже не є

розсудом Суду. Утім кожен конституційний суддя повинен відстоювати свою точку зору, якщо він впевнений, переконаний у її справедливості.

Взагалі суддівський розсуд у конституційному правосудді, на нашу думку, найбільш виразно виявляється саме при формулюванні мотивувальної частини рішення. Очевидно, що використана Судом аргументація може бути більш розгорнутою, менш розгорнутою, в певному роді такою, що вказує на те, що це питання вже вирішувалося Конституційним Судом у попередніх рішеннях, і т. д. Тут суддівський розсуд, крім іншого, може бути обмежений раніше сформульованими в рішеннях Конституційного Суду правовими позиціями, що зберігають свою обов'язковість і для нього самого. В останньому випадку орган конституційної юрисдикції, як правило, відмовляє у відкритті провадження у справі, посилаючись на ст. 45 Закону про Конституційний Суд, хоча, на жаль, така підстава, як наявність раніше винесеного рішення (висновку) з аналогічного питання, в ній прямо не передбачена [детальніше див.: 2, с. 156].

Утім практика конституційного судочинства останніх років переконливо доводить, що судді знову-таки за своїм розсудом можуть дійти висновку про необхідність прийняття рішення, що відхиляється від раніше висловленої Судом позиції. У науці це отримало назву «динамічного корегування правових позицій». Так, у низці своїх ухвал, зокрема в ухвалі від 7 березня 2002 р., Конституційний Суд відмовився перевіряти конституційність положень Закону України «Про вибори народних депутатів України», оскільки прийняття Судом будь-якого рішення під час виборчої кампанії «може вплинути на виборчий процес, вплинути на результати волевиявлення виборців і тим самим вплинути на результати виборів, що перетворило б Конституційний Суд у суб'єкт політичного процесу». Однак двома роками пізніше, у самий розпал Помаранчевої революції і президентських виборів, Конституційний Суд ухвалив рішення від 24 грудня 2004 р. у справі про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України», згідно з яким низку норм цього Закону було визнано неконституційними.

Взагалі аргументація у процесі прийняття Конституційним Судом рішень як основа для суддівського розсуду — це дуже складний процес. Як правильно писав А. Жалинський, «процес аргументації не є виключно формально-логічним. У ньому використовуються оціночні аргументи, на нього впливає тиск пошуканого рішення, а головне — сама принципова невизначеність права» [5, с. 278]. Із психологічної точки зору він полягає в наведенні доводів і контрдоводів у дискурсі (насамперед в уявному діалозі), спрямованому на формулювання певної правової позиції Суду, що потребує дотримання щонайменше декількох важливих правил.

По-перше, необхідно чітко розрізняти аргументи логічні й емоційні. К. Маркс писав, що «у республіканця інша совість, ніж у рояліста, у імущого — інша, ніж у незаможного, у мислячого — інша, ніж у того, хто ніколи не мислить» [цит. за: 17, с. 118]. Ніби полемізуючи з ним, відомий російський цивіліст І. Покровський запитав: «чи спроможен суддя, якщо він ніщепанець, дати простір своїм теоріям про надлюдину і про християнство як про мораль рабів? Чи може він, якщо він соціал-демократ, здійснювати свою програму, а якщо він крайній реакціонер, то відбудовувати порядки феодального або кріпосного права?» [16, с. 102]. Очевидно, що відповідь на всі ці запитання буде однозначно негативною. Тому завдання, що стоїть перед конституційним суддею, полягає в

тому, щоб відкинути, відкласти в бік власні забобони і упередження, і проголосувати за той проект рішення, який найбільшою мірою відповідає стандартам правової держави.

Наприклад, застосування до злочинців смертної кари, яка двічі (у 1999 р. і 2011 р.) ставала предметом розгляду в Конституційному Суді України, може викликати у суддів будь-які емоції, однак над цими емоціями має переважати правова логіка, що не є механічним зліпком із логіки загальнолюдської. А правова логіка свідчить про неефективність і тотальну неконституційність цього виду покарання [див.: 12]. Утім, і емоційних аргументів проти смертної кари достатньо. Згадаймо хоча б моральний імператив В. Гюго щодо цієї варварської міри: весь світ винен — суддя, який засуджує, кат, який виконує, народ, який аплодує...

По-друге, аргументації потребує кожне положення або кожне твердження, яке веде від проблеми до вирішення. Гірко усвідомлювати, але ця вимога не завжди дотримується Конституційним Судом. Щодо цього характерним прикладом є рішення від 11 липня 2012 р. у справі про обрання Голови Верховної Ради України, де сформульовано правову позицію, суть якої полягає в тому, що таємне голосування як спосіб обрання спікера суперечить принципу відкритості в роботі парламенту. Однак більш переконливою видається точка зору судді П. Стецюка, який заявив свою окрему думку. Зокрема, він вважає, що таємне голосування як певний вид прямого волевиявлення народних депутатів може бути використано рівною мірою як на відкритих, так і на закритих пленарних засіданнях парламенту. Логічна помилка Суду в даному випадку полягає в тому, що встановлені законом види та способи голосування не мають прямого відношення до названого принципу, оскільки він забезпечується не відкритим у всіх випадках голосуванням народних обранців (чого не буває в жодній країні світу, включаючи парламенти країн тоталітарного соціалізму), а зовсім іншими заходами, зокрема, доступом преси в сесійний зал, публікацією відповідних матеріалів в «Голосі України» та на веб-сайті Верховної Ради тощо.

І, нарешті, по-третє. Аргументи, використані у рішенні, повинні послідовно спиратися на конституційний текст, попередні правові позиції Суду, панівну в доктрині думку, власні доводи Суду і, що найголовніше, несуперечливо вести до висновку, який буде втілений у резолютивній частині рішення. Так, у рішенні від 25 грудня 2003 р. у справі про «третій термін» Л. Кучми містилися абсолютно правильні посили про «главу держави як гаранта дотримання Конституції України», правило «закон зворотної сили не має» та ін., однак вінчалось все це сумнозвісним висновком, з яким розвинена демократична правосвідомість не в змозі примиритися.

На думку С. Шевчука, суддівський розсуд у конституційному правосудді залежить, як мінімум, від чотирьох факторів: 1) індивідуального, психологічно обумовленого ставлення судді (наприклад, ставлення до ідеї російської мови як другої державної); 2) його політичного і соціального світогляду (соціаліст він або ліберал); 3) духу епохи (тривалий час в Україні, скажімо, принцип верховенства права ототожнювався з верховенством закону, і лише останнім часом ситуація стала поступово змінюватися); 4) професійного досвіду судді, який направляє його поведінку [18, с. 168–169]. Але наведений перелік хотілося б дещо розширити.

Вважаємо, що на суддівський розсуд у конституційному правосудді істотно впливає також прагнення суддів передбачити, кажучи словами Ф. Тютчева, «як слово наше відгукнеться». Мається на увазі, що кожен суддя Конституційного Суду намагається подумки уявити, які наслідки викличе їх рішення на практиці. Так, за спогадами нинішнього голови Конституційного Суду України Ю. Бауліна, якими він поділився на засіданні Харківського юридичного товариства 2 червня 2011 р., при ухваленні рішення від 26 січня 2011 р. у справі про заміну смертної кари довічним позбавленням волі для суддів важливу роль зіграла та обставина, що в разі гіпотетичного заліку раніше засудженим до смертної кари злочинцям 15-річного терміну ув'язнення, на свободу мали б вийти 96 особливо небезпечних рецидивістів, які вже відсиділи в місцях позбавлення волі 15 років (ще 40 людей померли в процесі відбування покарання). Психологічно змиритися з цим судді, звичайно, не могли, у результаті чого Конституційний Суд визнав адекватною заміною страти саме довічним ув'язненням.

У зв'язку з цим уявляється надзвичайно плідним і бажаним для імплементації до національного законодавства України припису, аналогічного тому, який міститься у ч. 2 ст. 74 Федерального конституційного закону «Про Конституційний Суд РФ». Згідно з ним орган конституційної юрисдикції приймає рішення у справі, оцінюючи як буквальный зміст розглянутого акта, так і зміст, що надається йому сформованою правозастосовною практикою.

У низці випадків суддівський розсуд може формувати мінлива соціальна реальність, вірніше, психічне ставлення суддів до цих змін, їх суб'єктивна оцінка. Так, С. Кажлаєв наводить переконливий приклад того, як у 1995 р. Конституційний Суд відмовив у розгляді конституційної скарги громадянину, який оскаржив існуючу на той час заборону щодо приватизації житлових приміщень у комунальних квартирах. Проте вже у 1998 р. Суд виніс постанову, згідно з якою вказану заборону було все ж таки визнано неконституційною. При цьому як мотив для прийняття цього рішення було зазначено таке: «У наш час стан економіки, брак фінансових коштів на соціальні потреби не дають підстав розраховувати на ліквідацію в осяжному майбутньому комунальних квартир як виду житлового фонду соціального користування» [детальніше див: 8, с. 158, 159].

Окрім того, на суддівський розсуд впливає сама методологія оцінки оспорюваної норми, заснована на презумпції конституційності. Суд методологічно спочатку визнає закон конституційним, і тільки в ході застосування системи аргументації може бути виявлено інше. Однак найчастіше судді Конституційного Суду України просто «переносять» готові підходи і конструкції, вироблені першим складом Суду, до мотивувальної частини своїх рішень. І не випадково, оскільки, як не без іронії зауважив А. Іванов, «скопіювати завжди простіше, ніж створити своє» [7, с. 75].

Суттєвим орієнтиром для суддівського розсуду в конституційному правосудді, особливо на стадії ухвалення фінального рішення, виступає текстуально оформлений у Конституції України «тест на пропорційність», вперше апробований практикою Європейського суду з прав людини (що зайвий раз підтверджує тезу про доцільність взаємозбагачення підходів цих двох юрисдикцій). Суть його зводиться до того, що при перевірці оспорюваних норм Конституційному Суду слід насамперед брати до уваги ту обставину, що будь-

які обмеження прав людини мають бути мотивовані конституційно схвалюваними цілями: захистом засад конституційного ладу, моральністю (що саме по собі вельми спірно), здоров'ям, правами і законними інтересами інших осіб, забезпеченням оборони країни і безпеки держави. Але цього замало. Необхідно також, щоб обмежувальна міра була пропорційною (адекватною) реальній загрозі. Зокрема, пропорційною не може визнаватися міра, яка спотворює саму суть права, веде до відмови від нього або навіть, будучи адекватною для однієї частини адресатів, не враховує положення інших. Також застосування обмежувальних заходів вважається невідповідним, якщо були інші способи досягнення необхідних цілей [див.: 6, с. 311, 312].

Такі, на нашу думку, основні психологічні чинники, що детермінують суддівський розсуд у конституційному правосудді.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. — М. : НОРМА, 1999. — 376 с.
2. Баулін Ю. Наявність рішення (висновку) Конституційного Суду України як підстава для відмови у відкритті конституційного провадження у справі / Ю. Баулін // Вісн. Конституц. Суду України. — 2011. — № 4–5. — С. 154–157.
3. Берченко Г. Правозастосувальний розсуд в умовах дії принципу верховенства права / Г. Берченко // Укр. право. — 2006. — № 1. — С. 322–328.
4. Волков В. В. Выступление на Седьмых Сенатских чтениях / В. В. Волков [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Reading/Documents/Senat.pdf>.
5. Жалинский А. Э. Введение в специальность «Юриспруденция» : учебник / А. Э. Жалинский. — М. : ТК Велби, Проспект, 2007. — 368 с.
6. Зорькин В. Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки / В. Д. Зорькин. — М. : Норма, 2007. — 400 с.
7. Иванов А. А. Основные черты гражданского права зарубежных стран / А. А. Иванов // Гражданское право : учебник : в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Т. 1. — М. : ТК Велби, Проспект, 2004. — С. 75–93.
8. Кажлаев С. А. Судебное усмотрение в деятельности Конституционного Суда РФ / С. А. Кажлаев // Журнал рос. права. — 2003. — № 11. — С. 153–160.
9. Кононов А. Л. Об общих принципах права во французской и бельгийской судебной практике по административным делам / А. Л. Кононов // Государство и право. — 2001. — № 3. — С. 82–86.
10. Малиновский А. А. Усмотрение в праве / А. А. Малиновский // Государство и право. — 2006. — № 4. — С. 102–104.
11. Морщакова Т. Г. Запрет рассмотрения дел по собственной инициативе Конституционного Суда / Т. Г. Морщакова // Процес. право : енцикл. сл. / отв. ред. Т. Е. Абова. — М. : Норма, 2003. — С. 150–151.
12. Морщакова Т. Правовая легализация отмены смертной казни в России / Т. Морщакова // Сравнит. конституц. обозрение. — 2010. — № 1. — С. 114–116.
13. Пашин С. А. Состязательный уголовный процесс / С. А. Пашин. — М. : Р. Валент, 2006. — 200 с.
14. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) / С. П. Погребняк. — Х. : Право, 2008. — 240 с.
15. Подгруша В. В. Особенности судебного усмотрения в конституционном судопроизводстве / В. В. Подгруша // Дайджест конституц. правосудия в странах СНГ и Балтии. — 2011. — Вып. 13. — С. 29–35.
16. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М. : Статут, 2009. — 351 с.

17. *Строгович М. С.* Учение о материальной истине в уголовном процессе / М. С. Строгович. — М. ; Л. : Изд-во АН СССР, 1947. — 276 с.
18. *Шевчук С.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. — К. : Реферат, 2007. — 640 с.

Євсєєв О. П. Психологічні фактори суддівського розсуду в конституційному правосудді

Анотація. У статті на основі української та світової практики конституційного судочинства проаналізовано основні суб'єктивні фактори, що впливають на зміст рішень єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні. Відзначено, що в конституційному правосудді сфера суддівського розсуду відчутно обмежена рамками принципів права, визнаними та чинними у демократичному суспільстві, а також загальноправовими уявленнями.

Наголошується на тому, що з погляду психології, процес аргументації в конституційному правосудді полягає у наведенні доводів і контрдоводів у дискурсі (насамперед, в уявному діалозі), спрямованому на формулювання певної правової позиції Конституційного Суду, що потребує дотримання, щонайменше, декількох важливих правил.

Ключові слова: Конституційний Суд України, суддівський розсуд, судова психологія, колегіальне ухвалення судових рішень, суддівський активізм, правова аргументація, динамічне корегування правових позицій.

Євсєєв А. П. Психологические факторы судейского усмотрения в конституционном правосудии

Аннотация. В статье на основании украинской и мировой практики конституционного судопроизводства проанализированы основные субъективные факторы, влияющие на содержание решений единственного органа конституционной юрисдикции в Украине. Отмечено, что в конституционном правосудии сфера судейского усмотрения ощутимо ограничена рамками принципов права, признанными и действующими в демократическом обществе, а также общеправовыми представлениями.

Подчеркивается, что с психологической точки зрения процесс аргументации в конституционном правосудии заключается в приведении доводов и контрдоводов в дискурсе (прежде всего воображаемом диалоге), направленном на формулировку определенной правовой позиции Конституционного Суда, что требует соблюдения, по меньшей мере, нескольких важных правил.

Ключевые слова: Конституционный Суд Украины, судейское усмотрение, судебная психология, коллегиальное принятие судебных решений, судейский активизм, правовая аргументация, динамическая корректировка правовых позиций.

Yevsieiev O. Psychological Factors of the Judicial Discretion in Constitutional Justice

Summary. The main subjective factors that make an influence on the content of decisions of the only one body of constitutional jurisdiction in Ukraine are analysed in the article on the basis of Ukrainian and international practice of constitutional justice. It is noted that the scope of judicial discretion in the constitutional justice is significantly limited by the principles of law, recognized and valid in a democratic society, as well as by the general legal concepts.

It is emphasized that from a psychological point of view, the process of reasoning in the constitutional justice is to produce reasons and counterargumentation in the discourse (primarily in imaginary dialogue), focusing on the specific wording of the legal reasoning of the Constitutional Court, which requires compliance with at least some very important rules.

Key words: Constitutional Court of Ukraine, judicial discretion, judicial psychology, collegial decision making, judicial activism, legal reasoning, dynamic adjustment of legal positions.

ПРАВОРОЗУМІННЯ: ПОНЯТТЯ І ТИПОЛОГІЯ¹

А. СКОРОБОГАТОВ
доктор історичних наук, професор
завідувач кафедри теорії
та історії держави і права
(Інститут економіки управління і права
м. Казань, Росія)



В умовах посткласичної раціональності, що характеризує правову реальність і розвиток науки на сучасному етапі, принципово змінюється ставлення до пізнання. На відміну від класичної, посткласична парадигма передбачає відкритість і незавершеність нашого знання про навколишню соціальну дійсність, його відносність, допускає можливість існування плюралізму істинних теорій. Кожна така теорія дозволяє інтерпретувати соціальні явища, зокрема право, в рамках певного методологічного дискурсу в широкому історичному або соціокультурному контексті. Це ставить перед юридичною наукою завдання систематизації наявних поглядів на природу правової реальності, визначення змістовного місця кожної з теорій і їх методологічного взаємозв'язку. Вирішення цього завдання здійснюється шляхом виділення в самостійну сферу дослідження категорії праворозуміння.

Значущість праворозуміння для розвитку правової реальності зумовила широке вивчення цієї проблеми як у вітчизняній, так і в зарубіжній науці, незважаючи на те, що сама категорія була сформульована лише в 1950-их рр. Серед безлічі праць, які зачіпають різні аспекти праворозуміння, насамперед у контексті формування певної правової теорії, виділяються декілька досліджень, спеціально присвячених вивченню цієї категорії в історико-правовому аспекті (П. Оль, Г. Бернацький, Є. Тимошина, М. Немитіна, Г. Адигезалова, М. Антонов, Є. Масловська, В. Четвернін, Г. Мальцев, І. Царьков, Л. Батиїв), у контексті обґрунтування юридичного та філософського значення власної теорії права (В. Нерсесянц, Р. Ромашов, А. Поляков), у контексті розвитку сучасної філософії та науки (В. Оглезнев, І. Честнов, М. Байтін, В. Веденін, Г. Гриценко, В. Денисенко, О. Лейст, В. Іванський, П. Рабінович). Окремим

¹ Переклад з російської О. Стовби.

напрямом дослідження сучасних проблем праворозуміння є вивчення сучасного праворозуміння (Р. Палеха) і моделювання типології праворозуміння (Н. Варламова, В. Лапаєва, С. Маркова-Мурашова, А. Скоробогатов).

Для всебічного осмислення досліджуваного питання мають важливе значення і роботи зарубіжних авторів, які розглядають окремі проблеми генезису і еволюції праворозуміння (Г. Берман), співвідношення філософських і юридичних аспектів сутності окремих правових теорій у контексті розвитку праворозуміння (Р. Алексі, Б. Бікс, Дж. Раз, Дж. Балкін, К. Хімма, Р. Дворкін, В. Кравіц, Е. Паттаро), розвиток національних правових шкіл (П. Шлаг, Б. Лайтер), окремі напрями дослідження права (К. Петерсон, К. Хімма, М. Крамер, Дж. Меккі).

Настільки широки й різноманітні підходи до поставленої проблеми зумовили її дослідження за допомогою значного арсеналу методологічного інструментарію, розробленого не тільки в межах юридичної науки, а й у рамках інших гуманітарних наук. Видається, що подібний підхід дозволяє розглядати праворозуміння як одну з фундаментальних, філософсько-правових категорій сучасних гуманітарних наук і проаналізувати її в інституційному, функціональному і суб'єкт-об'єктному контекстах.

Праворозуміння — це філософсько-правова категорія, що включає в себе як інтелектуальну пізнавальну діяльність і її окремі елементи (сприйняття, оцінку, уявлення), так і систему інтерпретованих правових явищ як результат пізнавально-правової діяльності.

Залежно від ступеня правової рефлексії можна виділити три рівні праворозуміння: звичайний (несистемне сприйняття права як цілісного образу, що ототожнюється або з законом, або з покаранням), професійно-практичний (оцінка правової поведінки індивіда на відповідність офіційно встановленим зразкам (правовій нормі) з метою визначення ступеня її правомірності) і доктринальний (системне уявлення про право як регулятор суспільних відносин, покликане прогнозувати його еволюцію і давати кваліфіковані оцінки як правозастосування, так і правотворчості).

Як основний об'єкт праворозуміння виступає правова система конкретного суспільства.

Суб'єктом праворозуміння завжди виступає конкретна людина (або як індивід, або як частина будь-якого співтовариства), рівень праворозуміння якої визначається ступенем правової рефлексії і відповідає одному з трьох зазначених вище типів: 1) громадянин, що володіє мінімальним правовим кругозором, знайомий з проблемами права взагалі, який розглядає право як цілісне, несистемне явище (образ) і праворозуміння якого відповідає буденному рівню; 2) юрист-професіонал, який має достатню суму правових знань для застосування і тлумачення правових норм, здатний оцінювати правову поведінку інших суб'єктів суспільного життя на відповідність правовій нормі як еталону, праворозуміння якого відповідає професійно-практичному рівню; 3) вчений, що займається науковим аналізом права на різних рівнях і в різних контекстах, здатний до інтерпретації не тільки правових норм, а й принципів права, що володіє певною науковою методологією і методикою дослідження, праворозуміння якого відповідає доктринальному рівню.

Праворозуміння характеризується низкою ознак:

1) категоріально-пізнавальний характер, що відображає наукові та соціальні результати пізнання загальних закономірностей розвитку і функціонування

права; 2) загальноправовий характер, що відображає як зміст категорії знання про право, про закономірності його становлення, розвитку, функціонування в суспільстві; 3) науковий характер, що припускає логічне й об'єктивно істинне дослідження праворозуміння; 4) теоретичний характер, що відображає функціонування категорії в процесі теоретичного пізнання; 5) інтегральний характер, який виражається в поєднанні діяльнісних (діахронних) і результативних (синхронних) елементів пізнання права.

Визначаючи загальний напрям правових досліджень у рамках тієї чи іншої концепції, праворозуміння виконує гносеологічну, методологічну, онтологічну, евристичну, організаторську функції. Окреслені функції не тільки визначають значення категорії «праворозуміння» для аналізу правової реальності, а й дозволяють говорити про її методологічне значення при формуванні панівного в суспільстві образу права. Незважаючи на кореляцію образу права і панівного типу правового мислення, інтерпретація цього образу пов'язана з цілим рядом загальних і локальних закономірностей і представлена безліччю правових доктрин.

Значна кількість існуючих теорій і концепцій праворозуміння обумовлює потребу їх типологізації з метою виявлення взаємозв'язків між окремими доктринами і виявлення їх практичного потенціалу. Типологія праворозуміння може бути здійснена за такими критеріями: панівна картина світу і загальнонаукова парадигма епохи; філософська доктрина і юридичний світогляд суб'єкта праворозуміння; методи аналізу феномену права.

Виходячи з цього, можна виділити два основних типи праворозуміння: класичне праворозуміння (право можна пізнати і пояснити за допомогою однієї «правильної» теорії, яку треба знайти) і посткласичне праворозуміння (право — багатомірне явище за допомогою лише теорії права пізнати його неможливо. Звернення до філософії та інших гуманітарних наук дозволяє зрозуміти глибинну сутність права).

Класичне праворозуміння представлено такими двома типами: природно-правовий і позитивістський.

Природно-правове праворозуміння об'єднує уявлення про право, які проводять межу між природним і позитивним правом, вважаючи перше безумовною цінністю, яка існує незалежно від держави, суспільства й свідомості людини і визначальною щодо справедливості та легітимності людського закону. Природно-правове праворозуміння представлено світськими (античне ототожнення природного права з розумними законами природи, яким підкорюється все живе; індивідуалістична інтерпретація природного права, ототожнення природного права з правами і свободами людини, які безпосередньо впливають з його природи, характерна для Нового часу; сприйняття природного права в ХХ ст. як правового ідеалу, на який необхідно рівнятися позитивному, державно встановленому, праву) і релігійними теоріями (середньовічна християнська доктрина, неотомізм, неопротестантство) [1].

Позитивістське праворозуміння вміщає ідеї і теорії, засновані на філософсько-позитивістській парадигмі, згідно з якою тільки досвід є фундаментом наукового знання, а теорії лише впорядковують емпіричні факти. Можна виділити два види позитивістського праворозуміння: юридично-позитивістський вид праворозуміння, що знаходить джерело пізнання права у правотворчій діяльності держави і розглядає право як систему формально визначених норм

(правил поведінки), встановлених державою (Г. Кельзен [2], Є. Булігін і К. Альчуррон [3], Г. Харт [4]), і соціологічне праворозуміння, що виводить джерело права з суспільства та розглядає право як соціальне явище, яке відбиває закономірні умови соціального буття і відносно незалежне від держави (Р. Паунд [5], Т. Парсонс [6]).

До посткласичного праворозуміння можна віднести два напрями: інтегративне і постмодерністське.

Інтегративне праворозуміння включає доктрини, що характеризуються прагненням об'єднати (інтегрувати) в рамках єдиної правової теорії окремі аспекти буття права — ціннісний, нормативний, соціальний. До інтегративного праворозуміння можна віднести інтегративну юриспруденцію (Дж. Холл [7], Г. Дж. Берман [8]), реалістичні теорії права (К. Льовеллін [9], К. Олівекрона [10]), школу критичних правових досліджень (Г. Фрог) [11], економічну теорію права Р. Познера [12].

Постмодерністське праворозуміння об'єднує теорії права, які прагнуть вивчити цей феномен за допомогою досягнень сучасних гуманітарних наук, спираючись на методологію філософії постмодернізму, звернення до досягнень якої допомагає зрозуміти глибинну сутність права.

У найзагальнішому плані постмодерністське праворозуміння можна представити п'ятьма сучасними напрямками правової теорії: феноменологія права, герменевтика права, екзистенціалізм права, антропологія права, синергетика права. Кожен із цих напрямів представлено декількома підходами і школами, які об'єднує лише загальна методологія.

У рамках феноменології права виділяються дві основні теорії: філософська феноменологія права (Е. Гуссерль [13]), яка розглядає право в контексті природно-правового підходу, і соціологічна феноменологія права (А. Шюц [14], П. Бергер, Т. Лукман [15]), орієнтована на інституційне трактування права. На думку представників соціологічної феноменології права, звичайні дії при багаторазовому їх повторенні стають зразками для поведінки — нормами. Правові інститути утворюються з повсякденних знань про правильні дії в конкретних ситуаціях. Сенс поведінкових актів при їх відтворенні забезпечується процесом легітимації. Представники філософської феноменології права, насамперед Е. Гуссерль, розглядають природне право як ейдоси, образи, чисті сутності на відміну від факту, і бачать в них ідеал юридичної форми. Ейдетично право передре колективному, законодавчому праву. Правові ейдоси об'єктивні й тому повинні втілюватися в законодавстві.

Герменевтику права можна розглядати в рамках двох основних теорій: трансцендентальна герменевтика права (онтологічний напрям) (А. Кауфман [16]), і іманентна (інструментальна) герменевтика права (методологічний підхід) (Е. Бетті) [17]. У рамках онтологічного напрямку право інтерпретується як духовний продукт епохи і результат існуючого соціального порядку. Об'єктивна природа права виникає з об'єктивного сенсу, існуючого незалежно від суб'єкта, що пізнає. У той же час право конститується виключно в акті розуміння і артикулюється в мові. Методологічний же підхід, спираючись на вчення про герменевтичне коло, основну увагу зосередив на тлумаченні та інтерпретації нормативних і правозастосовних актів.

Екзистенціалізм у праві представлений низкою теорій, що спираються на філософію екзистенціалізму і досліджують право в контексті прояву вільної

волі людини. Серед них найбільш значущою представляється егологічна теорія права К. Коссіо, на думку якого право у своїй основі і сутності визначається екзистенцією людини, її власною волею. Природне право є живим правом зі змістом, що знаходиться в постійному становленні. Природне право суб'єктивне за походженням, але об'єктивне за метою. Позитивне ж право — це безперервний ланцюг окремих правових ситуацій, правових випадків, які не можуть бути виражені в сухій і застиглій нормі [18].

До основних теорій сучасної антропології права можна віднести філософську (біологічну) антропологію права А. Гелена і соціокультурну антропологію права Н. Рула. На думку А. Гелена, біологічна незахищеність людини породжує потребу в соціальних формах спільної діяльності, у т. ч. праві, основу якого становлять ритуали [19]. Н. Рулан основну увагу зосередив на вивченні плюралізму джерел права, особливо звичаєвого права, розглянувши процес його трансформації в позитивне право, і процесах правової акультурації [20].

Синергетика права в сучасній юридичній науці представлена, насамперед, теорією аутопойетичного суспільства Н. Лумана, який аналізує суспільство як саморегульовану диссипативну систему і бачить право як одну із самореферентних систем, характерних для етапу функціональної диференціації людського суспільства [21].

Незважаючи на освоєння західного правового досвіду, в т. ч. і у сфері осмислення правової реальності, юридичний дискурс на пострадянському просторі характеризується істотною своєрідністю. У пострадянській юриспруденції дотепер відчувається криза праворозуміння, закладена відмовою від єдиної марксистсько-ленінської методології і теоретичним агломератом конституційного праворозуміння. Пострадянська правова реальність переживає перехідний період, що полягає в повній зміні існуючих установок і переосмисленні базових цінностей [22]. Панівний у радянський час вузьконормативний підхід виявився нездатним описати всю складність і багатогранність феномену сучасної правової реальності, як із точки зору його сутності та змісту, так і з формальних позицій (не випадково настільки активно точаться суперечки про те, чи є джерелом російського права судовий прецедент [23]).

Ці чинники зумовили дихотомію правової реальності та праворозуміння, як її найважливішого елемента. З одного боку, можна говорити про існування і функціонування класичних моністичних теорій праворозуміння (нормативізм, соціологія права, природно-правова теорія), але, з другого боку, в силу інтегративного характеру правової реальності ці теорії набувають властивостей інтегральності. У даному випадку під інтегральністю ми розуміємо можливість ієрархічного використання класичних методологій. Яскравим прикладом такого підходу є сучасний російський нормативізм, що є синтезом класичного нормативізму, соціології права і природно-правової теорії при безумовному пріоритеті методології першого [24].

Одночасно і посткласичне праворозуміння набуває особливої специфіки. При поширенні інтегративного праворозуміння [25] у пострадянській теорії та філософії права спостерігається прагнення до інтеграції не тільки класичних теорій, а й постмодерністських. Формується особливе інтегральне праворозуміння, яке його прихильники називають посткласичною теорією права [26].

Західні правові теорії при цьому переосмислюються і адаптуються до російських реалій як змістовно, так і методологічно [27].

Таким чином, праворозуміння, виступаючи як філософсько-правова категорія, має власний об'єкт дослідження і характеризується низкою ознак, які визначають виконувани нею функції. Сучасний правовий дискурс не обмежується яким-небудь одним типом праворозуміння. Для нього характерний плюралізм, який пояснюється не тільки наявністю кризи праворозуміння, а й методологічними установками. Якщо для класичного праворозуміння характерне неприйняття чужої думки, яка однозначно трактується як апіорі невірна, то посткласичне праворозуміння, навпаки, орієнтується на множинність правових теорій, кожна з яких займає свою нішу в поясненні багатогранності правових явищ. Новітні течії юриспруденції дають можливість більш адекватно — стосовно реалій сучасного суспільства — представити картину правової реальності з урахуванням її динамізму, мінливості, нестійкості і залежно від суб'єктивного сприйняття.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Messner J.* Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik. 4. Aufl. / J. Messner. — Innsbruck ; Wien ; München, 1960.
2. *Kelsen H.* Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik / H. Kelsen. — Leipzig ; Wien, 1934.
3. *Alchourron C.* Normative Systems / C. Alchourron, E. Bulygin. — Wien ; New York : Springer, 1971.
4. *Hart H. L. A.* The Concept of Law / H. L. A. Hart. — Oxford : University Press, 1961.
5. *Pound R.* The Ideal Element of Law / R. Pound. — Indianapolis, 2002.
6. *Parsons T.* The law and social control / T. Parsons // Law and sociology. Exploratory essays / Ed by W.M. Evan. — New York : The Free Press of Glencoe, 1962. — P. 56–72.
7. *Hall J.* Studies in Jurisprudence and Criminal Theory / J. Hall. — New York, 1958.
8. *Berman H. J.* Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition / H. J. Berman. — Cambridge, Massachusetts, London : Harvard University Press, 1983.
9. *Llewellyn K.* The Common Law Tradition — Deciding Appeals / K. Llewellyn. — Boston ; Toronto : Little, Brown and Co. Ltd., 1960.
10. *Olivekrona K.* Law as Fact / K. Olivekrona. — Copenhagen ; London, 1939.
11. *Frug G. E.* The Ideology of Bureaucracy in American Law / G. E. Frug // Harvard Law Review. — 1984. — Vol. 97, № 6. — P. 1276–1388.
12. *Posner R. A.* Economic Analysis of Law / R. A. Posner. — Boston : Little, Brown, 1972.
13. *Husserl E.* Vorlesungen zur Phänomenologie des inneren Zeitbewusstseins / E. Husserl. — Halle a. S. : Niemeyer, 1928.
14. *Schutz A.* The Phenomenology of the Social World / A. Schutz. — Evanston (Illinois) : Northwestern University Press, 1967.
15. *Berger P.* The Social Construction of Reality. A Treatise on sociology of Knowledge / P. Berger, T. Luckmann. — London : Penguin Books, 1991.
16. *Kaufmann A.* Rechtsphilosophie. 2. Aufl. / A. Kaufmann. — München, 1997.
17. *Betti E.* Die Hermeneutik als Allgemeine Methodologie der Geisteswissenschaften / E. Betti. — Tübingen, 1962.
18. *Cossio C.* Intuition, Thought and Knowledge in the Domain Law / C. Cossio // Philosophy and Phenomenological Research. — 1954. — Vol. 14, № 4. — P. 470–493.
19. *Gelen A.* Moral and Hipermoral: Eine pluralistische Ethic / A. Gelen. — Frankfurt a. M., 1970.
20. *Rouland N.* Anthropologie juridique / N. Rouland. — Paris : Presses Universitaires de France, 1988.

21. *Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft* / N. Luhmann. — Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 1995.
22. *Честнов И. Правопонимание в эпоху постмодерна* / И. Честнов. — СПб. : ИВЭСЭП, Знание, 2002.
23. *Судебная практика как источник права* / Б. Н. Топорин, Э. Серверэн, К. Гюнтер и др. — М. : Юристъ, 2000.
24. *Скоробогатов А. Современный российский нормативизм как интегральное правопонимание* / А. Скоробогатов, А. Краснов // *Нормативная теория Ганса Кельзена и развитие юриспруденции в Европе и США: (к 40-летию со дня смерти Г. Кельзена)* : тез. докл. 7-й Междунар. науч. конф., Иваново, 8–12 октября 2013 г. / отв. ред. Е. Л. Поцелуев. — Иваново : Иван. гос. ун-т, 2013. — С. 34–36.
25. *Лазарев В. Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы* / В. Лазарев // *Lex Russica*. — 2013. — № 2. — С. 181–191.
26. *История и методология юридической науки* : учеб. для вузов / под ред. Ю. Денисова, И. Честнова. — СПб. : ИВЭСЭП, 2014.
27. *Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию Андрея Васильевича Полякова* : кол. моногр. : в 2 т. — СПб. : Алеф-Пресс, 2014. — Т. 1: Коммуникативная теория права в исследованиях отечественных и зарубежных ученых / под ред. М. Антонова, И. Честнова ; предисл. Д. Луковской, Е. Тимошиной.

Скоробогатов А. В. Праворозуміння: поняття і типологія

Анотація. Стаття присвячена дослідженню юридичного та філософського значення категорії «праворозуміння». Автор дає визначення цієї категорії та розкриває її значення для правознавства та правової реальності. Також вивчаються базові елементи категорії «праворозуміння»: суб'єкт, об'єкт, риси, функції, типологія. Велика увага приділена авторській комплексній типології праворозуміння на базі багатфакторного аналізу існуючих теорій. Розглянуті особливості розвитку праворозуміння на пострадянському просторі.

Ключові слова: праворозуміння, філософсько-правова категорія, сутність права, теорія права, методологія дослідження права.

Скоробогатов А. В. Правопонимание: понятие и типология

Аннотация. Статья посвящена исследованию юридического и философского значения категории «правопонимание». Дано авторское определение категории. Рассмотрено ее значение для юридической науки и правовой реальности. Изучены основные элементы категории «правопонимание»: субъект, объект, признаки, функции, типология. Большое внимание в статье уделено авторской комплексной типологии правопонимания на основе многофакторного анализа существующих теорий. Рассмотрены особенности развития правопонимания на постсоветском пространстве.

Ключевые слова: правопонимание, философско-правовая категория, сущность права, теория права, методология исследования права.

Skorobogatov A. Law-Understanding: Concept and Typology

Summary. The article is devoted to the research of legal and philosophical values of the category «law-understanding». The author gives definition of it and explains its value for jurisprudence and legal reality. The basic elements of such category as «law-understanding» — subject, object, features and functions, typology — are established. The main attention is intended to the author's complex typology of law-understanding based on the multiple-factor analysis of the existing theories. Features of the law-understanding development in the Post-Soviet area are considered.

Key words: law-understanding, philosophical and legal category, the essence of law, theory of law, methodology of legal research.

КОНЦЕПТ ПРАВА: СПРОБА СИСТЕМНОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

К. ГОРОБЕЦЬ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*



Попередні зауваження

Наша спроба навести системну інтерпретацію концепту права не має на меті сформулювати «ще одну» дефініцію права чи створити передумови для надання такої дефініції. За своєю спрямованістю стаття більшою мірою тяжіє до аналітичної традиції юриспруденції, й тому вона присвячена не стільки формуванню концепту права, його визначенню чи практичному застосуванню, скільки тим структурам правового мислення, які зазвичай використовуються для цього. Отже, більша частина статті буде присвячена теоретичним і наукознавчим проблемам, які пов'язані з праворозумінням як конструкцією, що використовується для позначення сукупності інструментів, за допомогою яких здійснюються раціоналізація та концептуалізація права. Однак саме по собі праворозуміння не є основним предметом нашого аналізу й розглядається радше у зв'язку зі сформованою у вітчизняній (та в цілому пострадянській) традиції загальнотеоретичного і філософсько-правового дискурсу. Ключова проблема, що стоїть перед нами, — з'ясувати, які структури правового мислення використовуються, коли йдеться про концепт права, та як вони впливають на структуру самої юриспруденції.

Феноменологія права в пошуках концепту

Концепт права часто-густо розглядається в ракурсі феноменологічного підходу. Наприклад, до такої позиції тяжіють Є. Харитонов та О. Харитонova, коли пишуть, що «при характеристиці права (приватного права) як феномену культури (цивілізації) “концепт” — це сукупність (“жмут”) уявлень, понять, знань, асоціацій, емоцій, які виникають у зв'язку з використанням терміно-поняття “приватне право”, супроводжують і характеризують його» [1, с. 36]. У цьому сенсі використання концепту для характеристики права тяжіє за своїм методологічним значенням до суб'єктних-об'єктних інтерпретацій правової реальності. Тут право починає розглядатися з точки зору передусім ментальних характеристик, що є вигідним при констатації ідеї правового плюралізму.

Показовими з точки зору феноменологічного розуміння концепту права виглядають також судження А. Овчиннікової, яка звертає увагу на специфіку інтерпретації концептів правової культури. Дослідниця пише: «сприйняття концептів наводить на думку, що осягнення правової культури є можливим лише крізь призму побудови їх системи, нанизування нових смислів. Тобто якщо поняття визначаються, то концепти переживаються, охоплюючи не лише логічний зміст, а й аспекти їх наукових, психічних, художніх, емоційних, різноманітних побутових ситуативних інтерпретацій» [2, с. 8].

Утім така концептуалізація права не повною мірою вписується в методологічні рамки наукового знання. Феноменологія права як шлях інтерпретації його концептів є можливою лише на рівні філософії права, яка не обмежена критеріями наукової раціональності. У цьому сенсі звернення до концепту права має базуватися на інших підходах. Найбільш відомим в юриспруденції варіантом концептуалізації права є англо-американська аналітична традиція, що бере початок від Дж. Остіна та сягає своєї вершини у працях Г. Харта. У цьому руслі розвивається ідея, що будь-яка спроба побудови загальної теоретичної конструкції права, яка претендує на універсальність, є конструюванням концепту права. Саме на це спрямовані наукові розвідки Г. Харта в його відомому «Концепті права», й які послідовно, хоча й не без критики свого учителя, сьогодні розвиває Дж. Раз.

Концепт права і структурна онтологія права

Поняття концепту є одним із центральних для системології — загального вчення про системи, яке охоплює своїм змістом усі загальні та спеціальні теорії систем [3]. Однак, на відміну від феноменологічного розуміння концепту, тут акцент робиться не на його інтерпретативних аспектах, пов'язаних із нашаруванням смислів і значень слова, а на логічних та методологічних властивостях теорій систем. Одна із загальних теорій систем (параметрична) використовує поняття концепту як одного із системних дескрипторів, що використовується поряд із структурою та субстратом. Отже, концепт — це смисл, в якому якась річ розуміється як система; структура — це системоутворююча властивість чи відношення; субстрат — сукупність елементів системи, тобто річ або речі, на яких відповідна система реалізується [4, с. 55–57].

Для системного методу, представленого параметричною загальною теорією систем, характерним є системне уявлення про об'єкт. Для того, щоб розглядати будь-яку річ як систему, потрібно визначитися з тим, в якому сенсі ця річ розуміється як система, тобто обрати релевантний потребам дослідження концепт. Проблема полягає в тому, що у більшості випадків уявлення про об'єкт як про систему відбувається несвідомо, оскільки системне мислення можливе і без використання системного методу (так само можна мислити логічно, не знаючи законів логіки). Зазвичай право сприймається як система «автоматично», без добору концепту, який би відповідав потребам та меті конкретного дослідження. Найбільш яскравим проявом цієї проблеми є парність категорій «система права» і «правова система», використання яких є типовим для пострадянської юриспруденції. Однак намагання співвіднести ці категорії за обсягом приречене на невдачу, оскільки вони відображають дві різні системи з двома різними концептами. Інакше кажучи, «система права» і «правова система» є двома різними варіантами системного уявлення про право: у першому випадку використову-

ється концепт нормативності, а в другому – цілісності (тобто зв'язності різних сфер правової реальності).

Отже, невизначеність концепту системного уявлення про право веде до некоректності сприйняття права як системи. Саме тому системна інтерпретація концепту права має базуватися на ідеї концептуального плюралізму, зміст якої можна охарактеризувати таким чином: для певного класу систем може існувати більше одного концепту, на основі яких вони будуються. При цьому важливо розуміти, що побудова систем на основі різних концептів передбачає різне структурування цих систем, а також їх різну субстратну характеристику. Одиничність вихідної системи забезпечується винятково за рахунок усталених в науковій спільноті правил «мовної гри»¹. Саме тому поняття права можна розглядати як плюралістичне не лише гносеологічно, а й онтологічно.

Праворозуміння: наукознавчий аспект

Отже, концепт права виявляється плюралістичним вже на етапі системного уявлення про нього. У межах структурної онтології права не може існувати єдиного концепту, на основі якого воно могло би бути представлене як система, а отже, в принципі не може існувати однієї (чи двох, десятих...) дефініції цього поняття. Саме тому не можна погодитися з тим, начебто неможливість єдиного визначення права пов'язана з тим, що не існує права «взагалі», й воно завжди виражене в конкретних явищах. Такий підхід, по суті, відмовляє праву у бутті поза своїми проявами. Поняття права є плюралістичним через те, що лише від дослідника залежить, з якої точки зору йому розуміти як систему (нормативну, натуралістичну, інституціональну, комунікативну тощо). Вибір концепту завжди є проявом свободи волі суб'єкта пізнання [5, с. 26].

Концепт є фактором смислотворення, а тому системне уявлення про право на основі різних концептів зумовлює й різні варіанти бачення його структури та субстрату (кола феноменів, які включає в себе право). Пошук шляхів концептуалізації права пов'язаний із проблемою праворозуміння, яке постає як одна з фундаментальних методологічних основ сучасної юриспруденції. Щоправда, можна констатувати, що науковий статус праворозуміння є вкрай невизначеним, що зумовлює значні складнощі в побудові цілісної системи юридичного знання. Як видається, виявлення специфіки праворозуміння має базуватися саме на системному методі в осягненні концепту права².

У сучасній юридичній літературі праворозуміння трактують, виходячи з декількох позицій: як наукову парадигму, як методологічний підхід, як наукову школу. Видається за доцільне здійснити короткий огляд цих трьох основних

¹ Такий ракурс розгляду проблеми дозволяє пояснити, яким чином у рамках цілісного простору юридичного наукового дискурсу співіснують різні типи праворозуміння, незважаючи на те, що вони передбачають системне уявлення про право на основі зовсім різних концептів. Конвенційна характеристика поняття права забезпечує доволі високий поріг толерантності до можливого діапазону його інтерпретацій. Отже, уточнення концепту, на основі якого відбувається системне уявлення про право, стає актуальним лише при виявленні суттєвих розбіжностей у його розумінні.

² Одразу зауважимо, що праворозуміння розглядається у цій статті винятково з позицій наукового осмислення права. Ця проблема заслуговує на окремий аналіз, однак ми не поділяємо точки зору тих науковців, які виводять праворозуміння на рівень світогляду [6], оскільки такий підхід, по суті, отожднює праворозуміння з правосвідомістю, образом права тощо.

трактувань із тим, аби показати специфіку праворозуміння як засобу системної концептуалізації права.

Найбільш поширеним ракурсом розгляду праворозуміння є його інтерпретація як наукової парадигми. Для цього є деякі підстави. По-перше, будь-який тип та відповідні йому концепції праворозуміння, на відміну від юридичних теорій «середнього рівня», завжди претендують на універсальність, тобто на основі прийнятих в їх межах принципів і постулатів має існувати можливість пояснення усіх правових процесів та феноменів (у цьому плані характерною є позиція Ю. Оборотова щодо розгляду типів праворозуміння як «згустків правового знання» [7, с. 52]). По-друге, з точки зору історії юриспруденції можна помітити певні «зсуви» у бік того чи іншого типу праворозуміння — від юснатуралізму в Середні віки, через класичний позитивізм Нового часу та соціологізм першої половини ХХ ст. — до сучасних неопозитивістських та комунікативних концепцій (наприклад, у цьому ракурсі розглядає праворозуміння як наукову парадигму В. Лапаєва [8, с. 11–12]). Ідея розгляду праворозуміння у ракурсі наукових парадигм виражена в тому, що, як зазначає А. Токарська, «посткласичне праворозуміння <...> ґрунтується на сучасній — посткласичній — науці, яка заснована на зовсім іншій парадигмі раціональності» [9, с. 12].

Водночас розгляд праворозуміння як наукової парадигми не можна назвати точним з точки зору коректності вжитку самого поняття парадигми. Не звертаючись до детального аналізу проблем формування та зміни парадигм, які, очевидно, належать до сфери філософії науки, зауважимо лише, що можна розмежувати «сильний» та «слабкий» варіанти розкриття змісту цього поняття. У класичному, «сильному» сенсі, що був запропонований Т. Куном, використання ідеї парадигми завжди передбачає історичний ракурс розгляду наукового знання. Нормальний і революційний етапи розвитку науки передбачають, що одна парадигма змінює іншу в поясненні фундаментальних основ реальності. Утім для гуманітарних наук характерним є використання «слабкого» варіанта інтерпретації парадигми, який повертає нас до проблеми концепту права. Так, зазначається, що гуманітаристика використовує поняття парадигми як «прийнятий концепт системного уявлення» [10, с. 205], тобто просто як усталений і всіма прийнятий варіант інтерпретації вихідних понять та використання відповідних методів. Екстраполюючи ці судження на проблему концепту права і праворозуміння, можна відзначити два принципово важливих положення. «Сильний» варіант інтерпретації парадигми в юриспруденції застосовувати недоцільно хоча б тому, що основні типи та концепції праворозуміння не змінюють одна одну, а існують одночасно (розвиток юриспруденції у ХХ–ХХІ ст. переконливо це демонструє). «Слабкий» варіант інтерпретації парадигми більшою мірою пов'язаний із конвенційною характеристикою юриспруденції й навряд може служити точкою відліку для праворозуміння, оскільки виходить за межі наукового та філософського знання про право, охоплюючи різні культурні, мовні, релігійні та інші пласти¹.

Сприйняття праворозуміння як методологічного підходу є менш поширеним. Утім його часто розглядають як альтернативу «парадигмальному» ракурсу

¹ Наприклад, навряд чи доцільно називати парадигмою ісламську юриспруденцію, оскільки юридичне знання, яке формується в її рамках, виходить за межі критеріїв наукової раціональності та, власне, правового мислення.

розгляду проблеми концептуалізації права. Такої позиції дотримується А. Поляков, коли виокремлює природно-правовий, етатистський і соціологічний підходи [11, с. 62–69]. Показовими у зв'язку з такою інтерпретацією праворозуміння є дискусії довкола «широкого» і «вузького» підходів до розуміння права, що активно велися у дореволюційній та радянській юриспруденції. Характерним також є використання методологічної конструкції підходу В. Нерсесянцем при розбудові лібертарно-юридичної концепції праворозуміння [12, с. 3–5].

У цілому, поняття підходу не так сильно зобов'язує дослідника слідувати прийнятим у рамках наукового знання інтерпретаціям, хоча б тому, що воно допускає набагато більш широкий спектр тлумачень. Класичною є дефініція методологічного підходу, запропонована Е. Юдіним: «методологічний підхід — це принципова методологічна орієнтація дослідження, точка зору, з якої розглядається об'єкт вивчення (спосіб визначення об'єкта), поняття чи принцип, який скеровує загальну стратегію дослідження» [13, с. 160]. Таке бачення методологічного підходу яскраво демонструє, що праворозуміння недоцільно розглядати у цьому ракурсі. Передусім це пов'язано з більш широким спектром використання підходів у юриспруденції, навіть у тих дослідженнях, де проблема праворозуміння взагалі не ставиться, наприклад на рівні галузевих наукових дисциплін. Разом з тим використання цілої низки підходів — наприклад, герменевтичного, антропологічного, інституціонального тощо — не породжує відповідних типів чи концепцій праворозуміння.

Нарешті, інтерпретація праворозуміння у контексті наукових шкіл теж заслугоує на увагу, оскільки тут акценти переносяться з наукового статусу праворозуміння на його соціально-психологічні аспекти. Показовим тут є підхід С. Алаіс, яка використовує у своєму дослідженні поняття «природна школа права», «історична школа права», «психологічна школа права», «соціологічна школа права», «аналітична школа права», «інтегральна школа права» тощо [14]. Така позиція вирашно відрізняється від двох попередніх тим, що вона не прив'язує праворозуміння до типу наукової раціональності чи використовуваної методології, а прагне описати його з точки зору академічної соціології. Інша важлива перевага полягає в тому, що розгляд праворозуміння як наукової школи дозволяє зняти проблему типології праворозуміння. Якщо стояти на позиції існування трьох типів праворозуміння, в рамках кожного з яких розвиваються різноманітні концепції, то часто виявляється неможливим включення до цієї типології, наприклад, вчення історичної школи права чи теорію Л. Петражицького, оскільки вони виявляються рівновіддаленими від визнаних типів. Тут же будь-яка концепція праворозуміння, незалежно від її академічної успішності, сприймається як наукова школа.

Однак слід звернути увагу й на недоліки такого бачення праворозуміння. Найбільш очевидний із них полягає у невідповідності багатьох існуючих концепцій праворозуміння (не говорячи вже про його типи) тому змісту, який вкладається у поняття наукової школи. У науковій літературі в контексті формування різних концепцій праворозуміння часто використовують поняття наукової школи, але у більшості випадків для характеристики конкретних правових ідей. Наприклад, можна говорити про наукову школу Г. Кельзена, Г. Харта чи Є. Ерліха, проте некоректно говорити про школу юридичного позитивізму чи школу інтегральної юриспруденції хоча б тому, що вони є у певному сенсі без-

особовими та належать до «третього світу» як його розумів К. Поппер, тобто знаходяться за межами індивідуальної свідомості вченого чи групи вчених. Разом з тим існує значна кількість шкіл юридичного позитивізму, юснатуралізму, соціологізму та інтегральної юриспруденції, й вони є абсолютно нерівнозначними за своїм внеском у розвиток юриспруденції.

Концепт права і структура юриспруденції

Найбільш точним з точки зору відображення основних властивостей і функцій праворозуміння в юриспруденції є його розгляд як науково-дослідної програми в тій її інтерпретації, яка була запропонована І. Лакатосом. Не заглиблюючись у специфіку розуміння ним розвитку науки та його цікаву заочну полеміку з Т. Куном, слід зазначити, що основна відмінність науково-дослідних програм від парадигм полягає в тому, що вони існують синхронно. Це означає, що науково-дослідні програми розвиваються паралельно, конкуруючи між собою у поясненні реальності, яка належить до об'єкта тієї чи іншої науки. Своєю чергою, це не заперечує можливостей революційного розвитку наукового знання: науково-дослідні програми адаптуються до нових принципів наукової раціональності, не відмовляючись при цьому від своїх вихідних ідей та постулатів.

Такі властивості науково-дослідних програм якнайкраще пасують і типам праворозуміння. Дійсно, можна лише з високою часткою умовності говорити про те, що різні типи праворозуміння змінюють один одного як парадигми. Навпаки, вони існують одночасно, а конкуренція позитивістського та природно-правового типів, власне, створила той філософсько-правовий простір, в якому сьогодні відбувається наукова правова комунікація. Розвиваючись разом із юриспруденцією, ці типи набували рис, властивих новітнім критеріям наукової раціональності (наприклад, орієнтація на принципи додатковості, інтерсуб'єктності тощо). Формування неklasичної (постklasичної) парадигми юриспруденції уможливило розвиток ще однієї науково-дослідної програми: соціологічної. У перспективі може набуту статусу праворозуміння комунікативна концепція права. Їх ключова відмінність від наукових шкіл полягає у відсутності необхідності обов'язкового контакту між носіями певної наукової ідеї. Наукові школи завжди локалізовані у просторі, тоді як науково-дослідні програми розвиваються не за рахунок міжособистісного спілкування, а за рахунок існування відповідної наукової ідеї. Наприклад, юридичний позитивізм сформувався за рахунок полеміки різних груп юристів, які належали до різних шкіл та наукових традицій.

Саме розгляд праворозуміння з позицій науково-дослідних програм відкриває перспективи щодо системної інтерпретації концепту права. Системне уявлення права у вигляді певного концепту якраз формує «жорстке ядро» відповідної науково-дослідної програми. Як було показано вище, вибір концепту є проявом свободи волі дослідника, хоча у більшості випадків концептуалізація права відбувається в руслі відповідної наукової традиції. На думку І. Лакатоса, «жорстке ядро» науково-дослідної програми формують ті наукові ідеї, які мають принципове значення для її збереження. Виходячи з цього, кожен тип праворозуміння має містити у своїй основі таку ідею, яка в своїй сутності є сконструйованим концептом права. Спробуємо виявити логічні особливості структур правового мислення в різних науково-дослідних програмах, що зумовлюються відмінностями у системному уявленні про право.

Концепт права в юридичному позитивізмі

Оскільки юридичний позитивізм у тому чи іншому своєму різновиді є найбільш поширеним варіантом концептуалізації права, то слід почати саме з нього. Не має сенсу в тому, аби аналізувати вихідні постулати цього вчення з точки зору його руху від командної теорії Дж. Остіна через фундаментальні розробки Г. Харта до сучасних інтерпретацій, представлених працями Дж. Раза, Дж. Коулмена, М. Крамера та ін. У концептуальному плані більш цікавими є логічні засоби, які використовуються позитивістами при формуванні концепту права. Ідеться не про ті аргументи, які наводяться на користь інклюзивного чи ексклюзивного варіанта юридичного позитивізму, а про загальний підхід до структурування правового мислення. Тут примітною є стаття Дж. Коулмена «Структура юриспруденції» (2011), яка пропонує ретроспективний погляд на юридичний позитивізм з точки зору логічної аргументації. На його думку, можна говорити про існування шести відмінних підходів до конструювання змісту права: (1) тільки соціальні факти зумовлюють зміст права (змістом права виступають факти індивідуальної та групової поведінки та звичні, типові правила, які за певних умов санкціонуються як правові); (2) тільки нормативні (у тому числі моральні) факти зумовлюють зміст права (усе, що право вимагає, забороняє та дозволяє, залежить від того, що є добрим, бажаним, цінним чи морально належним); (3) і соціальні, і нормативні факти зумовлюють зміст права; (4) соціальні факти *необхідно* зумовлюють зміст права; (5) нормативні факти *необхідно* зумовлюють зміст права; (6) і соціальні, і нормативні факти *необхідно* зумовлюють зміст права [15, р. 62–68]. Відмінність між підходами (1)–(3) та (4)–(6) полягає в різних семантичних структурах. Позиції (4)–(6) наполягають на тому, що, якщо є право (незалежно від того, реально діюче чи вигадане), то воно *необхідним чином* має певне джерело свого змісту. Позиції (1)–(3) на цьому не наполягають. Вони визначають специфічне джерело правового змісту, але також допускають можливість, що воно може бути й іншим.

Стаття Дж. Коулмена містить детальний аналіз усіх шести позицій. Він показує, які з них більш прийнятні для інклюзивного позитивізму, а які — для ексклюзивного, і як вони можуть бути використані при обґрунтуванні чи, навпаки, спростуванні «тези про розмежування [права і моралі]» («*separability thesis*»). Однак основну ідею, яка так і не знайшла свого формулювання у цій статті та безпосередньо не виражена в останніх публікаціях представників позитивізму, і яка, на наше переконання, виражає концепт права у його позитивістській інтерпретації, може бути сформульовано так: *право не має власного змісту, тобто змісту, який не був би детермінованим жодними зовнішніми щодо правової системи факторами*. Дискусії позитивістів довкола того, які саме факти є чи обов'язково мають бути джерелом змісту правових норм, лише підтверджують ту тезу, що правові норми відрізняються від усіх інших правил і стандартів, що існують у суспільстві, не змістовно, а формально, а тому правові приписи є примусовими чи такими, що створюють зобов'язання з певної поведінки, незалежно від того, яка саме поведінка вимагається. Це і є «жорстке ядро» юридичного позитивізму, яке отримує різні інтерпретації в концепціях нормативізму, неонормативізму, ексклюзивного чи інклюзивного позитивізму, а також інших його різновидів. У цьому контексті розуміння правової норми за Г. Кельзенем

(«право — це первинна норма, що визначає санкцію» [16]) залишається хоча й сумнівним з точки зору функціонування правових систем, проте все ж показовим для структур правового мислення, що використовуються у позитивізмі.

Наукове «розгортання» цього концепту в різновидах юридичного позитивізму, формування «захисного поясу» науково-дослідної програми (який, на наш погляд, складається з концепцій праворозуміння як варіантів інтерпретації його «жорсткого ядра») та інституціоналізація відповідних позитивних і негативних евристик (загальновідомо, що методи аналітичної філософії розглядаються позитивістами як найбільш прийнятні, тоді як діалектика чи феноменологія ними зазвичай відкидаються) можуть бути предметом окремого дослідження.

Юснатуралістичні інтерпретації концепту права

Визначення наукового статусу природно-правової науково-дослідної програми є більш складним завданням, аніж у випадку з юридичним позитивізмом. Це пов'язано з тим, що основні ідеї природного права лежать за межею юридичного знання у його суто науковому сенсі й мають статус філософсько-правових (а подекуди просто філософських) концепцій¹. Із урахуванням цієї обставини розгляд структурних особливостей юснатуралізму може бути обмежено тими теоріями, які сформувалися під впливом ідей Л. Фуллера та Р. Дворкіна в англо-американській традиції й Г. Радбруха та ін. — в європейській традиції (остання при цьому має яскраво виражений філософсько-правовий характер).

Характерною рисою природно-правових концепцій є їх спрямованість на пошук безумовних складових права, що можна побачити і в об'єктивістських, і в неокантіанських, і в екзистенціальних, і в психоіраціоналістичних та інших їх різновидах [17]. Саме тому звернення до проблеми конструювання концепту права в юснатуралізмі демонструє, що його може бути сформульовано прямо протилежно формулюванню концепту позитивізму: *право завжди містить у собі стандарти, принципи, ідеї або інші складові, які не залежать від зовнішніх чинників*. Інакше кажучи, право має свій незалежний зміст, а тому правові норми (й інші елементи правової системи) відрізняються від усіх інших правил не лише формально, а й змістовно. Отже, зміст права залежить не лише від соціальних чи нормативних фактів, які у відомому сенсі є зовнішніми щодо правової системи, а й від тих ідей, існування яких у самому праві робить його соціальною системою, змістовно відмінною від інших соціальних систем. Ця теза яскраво виражена у відомій «формулі Радбруха»: «правові розпорядження неможливо визнавати дійсним правом, якщо вони настільки очевидно суперечать фундаментальним принципам справедливості, що суддя, який побажав би їх застосувати замість права, сформував би неправо... Коли несправедливість закону стає нестерпною, він мусить відступити перед справедливістю» [18, с. 89]. Справедливість є ціннісною та змістовною характеристикою права, незалежно від того, що приписують закони.

Дещо інакше розкривається цей концепт в англо-американській традиції. Наприклад, зміст правової моралі Л. Фуллер розуміє як «природні закони, влас-

¹ Недарма в юридичній літературі зустрічаються найменування цього типу праворозуміння, які дозволяють констатувати його суто філософсько-правову спрямованість, наприклад, філософське праворозуміння, аксіологічне праворозуміння тощо.

тиві (курсив мій. — К. Г.) особливому різновиду людської діяльності, яку я охарактеризував як “справу, спрямовану на підпорядкування поведінки людини керівництву правил”» [19, с. 118]. Розгляд цієї групи природних законів саме як властивих праву (і це підкреслюється ще й тим, що він називає їх сукупність процедурною теорією природного права), а не таких, що зумовлюють його зміст, дозволяє стверджувати, що Л. Фуллер використовує наведену вище інтерпретацію концепту права.

Дещо складнішою є ситуація з правовою концепцією Р. Дворкіна, полеміка якого з Г. Хартом, на думку дослідників, якраз і зумовила виникнення інклюзивної та ексклюзивної версій юридичного позитивізму [20, с. 81]. Однак і в ранніх працях, присвячених проблемі розмежування правил і принципів, і в більш пізніх інтерпретаціях права як цілісності Р. Дворкін сповідує одну генеральну ідею: принципи права становлять зміст права незалежно від того, який існує корпус правових норм. Таким чином, намагаючись спростувати ідею правила визнання, Р. Дворкін наполягає на тому, що дійсність принципів залежить не від їх походження, джерела чи форми, а від їх змісту, який є морально-етичним¹.

Тут цікавим є те, що з методологічної точки зору позитивізм та юснатуралізм в англо-американській юридичній традиції мало чим відрізняються. На це сміливо звернув увагу Дж. Коулмен, хоча сам він не був упевнений у тому, що його висновки є правильними [15, р. 43]. Однак розгляд позитивістських та юснатуралістських інтерпретацій концепту права демонструє цікаву тенденцію: джерело змісту права в обох випадках (за незначними винятками) опиняється винесеним за межі правової системи. З цієї точки зору, сучасний юснатуралізм, протиставляючи себе позитивізму юридичному, є позитивістським методологічно.

Концепт права у соціологізмі як відмова від проблеми змісту

Якщо визначальними для побудови концепту права у позитивізмі та юснатуралізмі так чи інакше є проблеми його змісту або джерела такого змісту, то соціологічний тип праворозуміння взагалі не ставить цю проблему, що часто ускладнює його логічний аналіз. Дійсно, навіть побіжний аналіз соціологічних концепцій показує, що ідеї, які сповідують їх автори та прихильники, складно звести до спільного знаменника. Це пояснюється тим, що соціологічне праворозуміння взагалі не ставить питання про те, чим є право, акцентуючи увагу на його проявах. Розгляд права як соціального факту (право «у житті», що, за Р. Паундом, протистоїть праву «у книгах») знімає проблеми змісту та форми права, його меж тощо, оскільки вони виявляються другорядними. Чи означає це, що сконструювати логічно прийнятний для соціологізму концепт права неможливо?

Як видається, точкою відліку при розгляді соціологічного праворозуміння як цілісної науково-дослідної програми, що розвивається довкола єдиного кон-

¹ Наприклад, це помітно, коли Р. Дворкін зазначає: «деякий принцип є правовим, якщо він фігурує в найбільш розумній теорії права, яка запропонована як виправдання сформульованих у явному вигляді матеріальних й інституціональних норм, що діють у певній юрисдикції» [21, с. 102], тобто критерій належності принципу до права є суто логічним, а не змістовним. Далі залежність віднесення принципів до правових за суто функціональним чи генетичним критерієм стає помітною іще більш яскраво (див., наприклад, [21, с. 104, 110] та ін.)

цепту, має бути ідея ефективності. Вона простежується й у Є. Ерліха, для якого поділ норм на первинні та вторинні є варіантом відходу від законодавчого права, і у Р. Паунда з його акцентом на рішеннях судів та адміністрації, що конструюють правопорядок, і у Л. Дюгі з його баченням інституційного плюралізму. Однак прагнення вийти у розумінні права за рамки правил, що встановлюються сувереном, неодмінно передбачає постановку питання щодо розмежування правового і неправового. В. Лапаєва звертає увагу на те, що критерієм правового в соціологічному типі праворозуміння виступають не формальні критерії, як у випадку з позитивізмом, і не відповідність іманентним правовим ідеалам, як у випадку з юснатуралізмом, а умовна «сила» регулятора. Той регулятор, який у конкретний період домінує у своїй силі, є правом [8, с. 68].

Виходячи з цього, логічне конструювання концепту права у його соціологічній інтерпретації базується на відносній цінності права «офіційного». Звідси, концепт права може бути сформульовано так: *«правовий характер правил базується на ефективному та сильному (в розумінні відповідної соціальної групи) механізмі примусу»*. Із цього концепту випливає, що в усіх різновидах соціологічного праворозуміння право трактується ситуативно, і з точки зору «зовнішнього спостерігача» встановити чітку межу між правом і неправом неможливо, адже ця межа є динамічною й залежною від цілої сукупності суб'єктивних чинників (у різних ситуаціях правом може вважатися релігійна норма, корпоративний статут, звичай тощо).

Чи є можливою інтеграція концептів права?

Розглянуті типи концептуалізації права пропонують доволі широкий простір для інтерпретацій, що й уможлиблює існування цілої низки концепцій праворозуміння в межах того чи іншого його типу. При цьому спокусливою є ідея пошуку такого концепту, який би дозволив показати структуру права одночасно з точки зору усіх трьох науково-дослідних програм. Тут цікавим є проект інтегрального праворозуміння. Не вдаючись у детальний аналіз усіх існуючих інтегральних концепцій, варто підкреслити ту обставину, що з точки зору системного методу один концепт, як правило, формує одну систему, а використання різних концептів формує різні системи¹. Отже, як науковий проект інтегральне праворозуміння стає можливим лише у тому випадку, коли системне уявлення про право допускає логічне поєднання аналізованих вище концептів. На нашу думку, такий концепт є неможливим. Інтеграція смислів права у пошуку всеохоплюючого варіанта його концептуалізації є, у більшості випадків, спробою розширити методологічну базу юридичного позитивізму, «нанижуючи» на нього окремі елементи юснатуралістичного чи соціологічного праворозуміння (так з'являються концепції реалістичного позитивізму, ціннісно-нормативного праворозуміння тощо). Але при цьому не можна говорити про інтеграцію концептів права. З точки зору теорії систем, такий аналіз права є *комплексним*, а не *системним*. Відмінність між комплексністю і системністю виражається в тому, що у першому випадку відбувається осмислення феномену з точки зору розгляду

¹ Більш детально ця проблема розкривається у контексті методологічного аналізу принципу плюралізму (див.: [22]).

його як системи у різних смислах без створення цілісної системи зі своїм концептом. Якраз такий підхід можна спостерігати в інтегральних теоріях¹.

Саме тому, на нашу думку, слід відрізнити інтегральні проекти комплексного розгляду права від спроб створити методологічну модель, де відмінності між концептами принаймні частково втрачають значення. До таких спроб можна віднести комунікативну концепцію права, яка базується на ідеї інтерсуб'єктивності та пропонує розгляд права з точки зору його дуальної природи [24]. Однак комунікативна концепція права на сьогодні є радше онтологічною основою праворозуміння, аніж його самостійним типом, і через те ідея дуалізму має більшою мірою онтологічне, аніж гносеологічне значення. Водночас проблема комплексності (а отже, певної механістичності) інтегральних проектів має не-онтологічний статус, а тому комунікативна концепція права не може повною мірою її вирішити.

Висновки

Проблематика концепту права, його інтерпретацій з точки зору розгляду праворозуміння як науково-дослідної програми є перспективною не лише у ракурсі виявлення структури юриспруденції, а й з позицій формування її сучасної парадигми. Відмінності між концептами, що зумовлюють суттєві розбіжності у сприйнятті будови правової реальності, є неодмінними супутниками правового дискурсу. Концепти виступають ідеями, що структурують знання про право, створюючи передумови для його розгляду як системи. Таке структурування є основним критерієм цілісності, зв'язності юриспруденції в цілому та правової теорії зокрема. Різні варіанти системного уявлення про право пропонують альтернативні та такі, що конкурують між собою, наукові концепції, змістовне наповнення яких і створює сучасний правовий дискурс.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Харитонов Є. О. Категорія «концепт» та її методологічне значення при визначенні та характеристиці права / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Розвиток методології сучасної юриспруденції : матеріали Четверт. наук. конф. (м. Одеса, 27–28 березня 2015 р.) ; за ред. Ю. М. Оборотова. — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 34–39.
2. Овчинникова А. Концепты правовой культуры: понятие, структура, содержание / А. Овчинникова // Юрид. вісн. — 2014. — № 3. — С. 6–11.
3. Уёмов А. Общая теория систем для гуманитариев / А. Уёмов, И. Сараева, А. Цофнас. — Варшава : Wydawnictwo Universitas Rediviva, 2001. — 276 с.
4. Цофнас А. Ю. Теория систем и теория познания / А. Ю. Цофнас. — Одесса : Астропринт, 1999. — 308 с.
5. Цофнас А. Ю. Структурная и натуральная онтология / А. Ю. Цофнас // Вісн. Одес. нац. ун-ту. Сер. : Філософія. — 2007. — Вип. 12. — № 13. — С. 21–30.
6. Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні / М. Козюбра // Право України. — 2010. — №. 4. — С. 10–21.

¹ Коли Г. Дж. Берман пише: «якщо визначати право як діяльність, як процес законотворчості, судового розгляду, правозастосування й інших форм надання правового порядку суспільним відносинам через офіційні й неофіційні моделі поведінки, то його політичний, моральний та історичний аспекти можуть бути зведені воедино» [23, с. 16–17], то звертає на себе увагу його прагнення поєднати різні аспекти права не шляхом формування єдиного концепту, а шляхом паралельного використання різних концептів.

7. *Оборотов Ю.* Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права / Ю. Оборотов // *Право України.* — 2010. — № 4. — С. 49–56.
8. *Лапаева В. В.* Типы правопонимания: правовая теория и практика / В. В. Лапаева. — М. : Рос. акад. правосудия, 2012. — 578 с.
9. *Токарська А. С.* Правова комунікація в контексті посткласичного праворозуміння : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. : 12.00.12 «Філософія права» / А. С. Токарська. — К., 2008. — 35 с.
10. *Цофнас А. Ю.* Гносеология : учеб. пособие / А. Ю. Цофнас. — 2-е изд., исправ. и доп. — Одесса : Наука и техника, 2011. — 248 с.
11. *Поляков А. В.* Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций / А. В. Поляков. — 2-е изд., доп. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — 845 с.
12. *Нерсисянц В. С.* Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В. С. Нерсисянц. — М. : Норма — Инфра-М, 1998. — 288 с.
13. *Юдин Э. Г.* Методология науки. Системность. Деятельность / Э. Г. Юдин. — М. : Эдиториал УРСС, 1997. — 440 с.
14. *Алаіс С. І.* Проблема праворозуміння в основних школах права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових учень» / С. І. Алаіс. — К., 2003. — 20 с.
15. *Coleman J. L.* The Architecture of Jurisprudence / J. L. Coleman // *Yale Law Journal.* — 2011. — Vol. 121. — Issue 2. — P. 2–80.
16. *Кельзен Г.* Чисте правознавство. З додатком: Проблема справедливості / Г. Кельзен ; пер. О. М. Мокровольський. — К. : Юніверс, 2004. — 495 с.
17. *Четвернин В. А.* Современные концепции естественного права / В. А. Четвернин. — М. : Наука, 1988. — 144 с.
18. *Радбрух Г.* Законне неправо та надзаконне право / Г. Радбрух // *Проблеми філософії права.* — 2004. — Т. II. — С. 83–94.
19. *Фуллер Л.* Мораль права / Л. Фуллер ; пер. Т. Даниловой ; под ред. А. Куряева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ИРИСЭН, 2007. — 306 с.
20. *Чурносков И. М.* Правовая концепция Рональда Дворкина : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / И. М. Чурносков. — М., 2014. — 254 с.
21. *Дворкин Р.* О правах всерьез : пер. с англ. / Р. Дворкин ; под ред. Л. Б. Макеева. — М. : РОССПЭН, 2004. — 392 с.
22. *Горобець К. В.* Системний плюралізм: до проблеми методології порівняльного правознавства / К. В. Горобець // *Філософія порівняльного правознавства : зб. наук. пр. / за ред. О. В. Кресіна.* — К. ; Львів : Ліга-прес, 2015. — С. 461–470.
23. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман. — 2-е изд. — М. : Инфра-М — Норма, 1998. — 623 с.
24. *Максимов С.* Дуальність права / С. Максимов // *Право України.* — 2010. — №. 4. — С. 36–42.

Горобець К. В. Концепт права: спроба системної інтерпретації

Анотація. У статті здійснено спробу логічного аналізу концепту права як основи для системного уявлення про нього. Обґрунтовано науковий статус праворозуміння як науково-дослідної програми. Три основні типи праворозуміння базуються на трьох відмінних варіантах концептуалізації права. Доведено, що концепт права в юридичному позитивізмі виражено в ідеї відсутності у права власного змісту. Юснатуралістичні інтерпретації концепту права виражені в констатації наявності в ньому власного (незалежного) змісту. Соціологічне праворозуміння у ролі концепту використовує судження про максимальну ефективність регулятора. Показано,

що інтегральні проекти інтерпретації права не пропонують самостійного концепту права, у зв'язку з чим вони не можуть претендувати на статус праворозуміння.

Ключові слова: концепт права, праворозуміння, науково-дослідні програми, юридичний позитивізм, юснатуралізм, соціологічне праворозуміння, комунікативна концепція права.

Горобець К. В. Концепт права: попытка системной интерпретации

Аннотация: В статье предпринята попытка логического анализа концепта права как основы для его системного представления. Обоснован научный статус правопонимания как научно-исследовательской программы. Три основных типа правопонимания базируются на трех отличных вариантах концептуализации права. Доказано, что концепт права в юридическом позитивизме выражен в идее отсутствия у права собственного содержания. Юснатуралистические интерпретации концепта права выражены в констатации наличия в нем собственного (независимого) содержания. Социологическое правопонимание в качестве концепта использует суждения о максимальной эффективности регулятора. Доказано, что интегральные проекты интерпретации права не предлагают самостоятельного концепта права, в связи с чем они не могут претендовать на статус правопонимания.

Ключевые слова: концепт права, правопонимание, научно-исследовательские программы, юридический позитивизм, юснатуралізм, социологическое правопонимание, коммуникативная концепция права.

Gorobets K. The Concept of Law: An Attempt of Systematic Interpretation

Summary. The article is aimed to logical analysis of the concept of law as the basis for its system representation. A scientific status of comprehending of law as the research program is explained. Three major types of comprehending of law based on three different ways of conceptualizing the law. It is established that the concept of law in legal positivism is expressed in the idea that law does not have its own content. Iusnaturalistic interpretations of the concept of law are expressed in a statement that law always has its own (independent) content. Sociological type of comprehending of law uses the concept of law as judgment of maximum efficiency. It is established that integral projects of interpretation of law does not offer an independent concept of law and therefore they cannot be regarded as a type of comprehending of law.

Key words: concept of law, comprehending of law, research programs, legal positivism, iusnaturalism, sociological comprehending of law, communicative theory of law.

ЩО ТАКЕ ТЕМПОРАЛЬНА ОНТОЛОГІЯ ПРАВА? ВІДПОВІДЬ КРИТИКАМ

О. СТОВБА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної
і практичної філософії
(Харківський національний університет
імені В. Н. Каразіна)*



Протягом кількох останніх років мною започатковано низку публікацій, де стверджується, що на пострадянському просторі виник принципово новий тип праворозуміння, який не може бути ототожнено з жодним із нині відомих. Такому праворозумінню, яке отримало назву динамічного, притаманна відмова від потрактування права як статичного суцього, наголошення примату його буттєвого (комунікативного, діалогічного та ін.) характеру, осмислення права за межами дихотомії позитивізму/юснатуралізму та суцього/належного, трактування права як соціального явища, обстоювання «людиномірності» права та ін. Зазначені положення втілені у численних працях С. Максимова, В. Павлова, Ю. Пермякова, А. Полякова, І. Честнова та деяких інших правознавців, а також у колективній монографії [1], яка, за влучним зауваженням вітчизняної дослідниці Н. Сатохіної, являє собою своєрідний «маніфест динамічного праворозуміння» [2, с. 136].

До динамічного праворозуміння як сукупності самостійних, оригінальних поглядів на право слід віднести і розроблювану мною темпоральну онтологію права. Вже можна стверджувати, що ця концепція викликала певний науковий інтерес, який коливається від обережно схвального до різко критичного [див., напр. 3; 4; 5]. Читачу вже має бути відома критика на мою адресу А. Полякова та деяких інших російських вчених, полеміка з якими точилася протягом останніх двох років [6; 7; 8]¹. Водночас і деякі вітчизняні науковці критикували мої побудови. Відповіді на ці закиди і присвячена моя стаття.

¹ Відлуння якої докотилося і до України (див. деякі критичні зауваження на мою адресу Н. Варламової [9, с. 73]).

Критику на мою адресу з боку академіка П. Рабіновича певним чином «спровокувало» моє запрошення йому написати передмову до вже згаданої колективної монографії [1]. У цій надзвичайно цікавій та полемічній передмові відомий український вчений робить ряд зауважень щодо моєї концепції: він вказує на догматичність постулювання правопорядку як горизонту правового сенсу та спроби об'єктивації останнього, в той час як сенс за своєю природою є атрибутом свідомості [1, с. 18]. Ці зауваження були в подальшому розвинуті й трансформовані в ході нашого спілкування.

«Ким і чому наділений смислом онтологічний горизонт права?» — запитує П. Рабінович [1, с. 18]. Запитання правомірне, адже згідно з класичними поглядами смисл має існувати у нерозривному зв'язку зі свідомістю. Проте «онтологічний поворот» [1, с. 127] у філософії права, зокрема, полягає у намаганні вийти на той *дорефлексивний рівень існування права, який передує будь-якому раціональному конструюванню сенсів на рівні свідомості*. Це не означає ніякого «ірраціоналізму», лише означає той факт, що правові сенси, локалізовані у свідомості, виникають там не свавільно, а є своєрідною «відповіддю», конструюючись у ході правового осмислення конкретних життєвих обставин. Отже, це і не класична «теорія відображення», оскільки правовий смисл не існує «первинно» десь «зовні», тільки «потім» відображаючись у свідомості. Як неодноразово підкреслювали представники динамічного праворозуміння, *право відбувається у ході конструювання сенсу, яке первісно здійснюється в соціальних практиках спів-буття з Іншими, а тільки у другу чергу, постфактум — у свідомості* [див., напр.: 10, с. 80]. Тому правове осмислення — це не суто інтелектуальна діяльність, протиставлена практиці, а особливий спосіб спів-буття з Іншими — комунікація (А. Поляков), діалог (І. Честнов), коли правовий сенс існує не «стало об'єктивно» — десь «у речах», і не «стало суб'єктивно» — «у голові» дослідника, а *динамічно, конструюючись і відтворюючись шляхом осмислення реальності в ході соціальних практик*.

Таке — неklasичне — розуміння сенсу — як того, «звідки ми розуміємо щось як таке» (М. Гайдеггер) [11, с. 151], є ключовим для адекватного осягнення як темпоральної онтології права, так і динамічного праворозуміння в цілому. Тому, коротко відповідаючи на сумнівні шановного опонента щодо правомірності запровадження самого терміна «динамічне праворозуміння» [5, с. 236–237], слід підкреслити, що на відміну від теорії «живого права» Є. Ерліха, історичної школи права чи «природного права з мінливим змістом» Р. Штамлера, у межах динамічного праворозуміння робиться спроба не просто акцентувати *змістовну мінливість*¹ права як природної чи позитивної норми, викликану географічними, історичними чи національними особливостями її виникнення (функціонування), але виявити *сенси права*: не сталі правове значення *суцього*, а динамічний, рухливий *алгоритм буття* — тієї події, діалогу, комунікації тощо, що надає правового статусу будь-якому окремому *сущому*². Власне, у цьому і полягає основна відмінність між «класикою» і «некласикою», коли перша питає «що є

¹ Яка дійсно, як справедливо вказує П. Рабінович, притаманна зазначеним підходам.

² Тому на ремарку П. Рабіновича про те, що й позитивізм, і потребове праворозуміння враховують динамічність права, слід відповісти, що динамічним праворозумінням є не тоді, коли воно просто зважає на змістовну мінливість правових норм, їх залежність від інтерпретації тощо, а намагається експлікувати той механізм, алгоритм, завдяки якому право щоразу відтворюється заново, тобто існує не континуально, а флукуативно.

право» (питання про сутність як основу правового статусу явища), а друга — «що є право» (питання про існування, коли правовий статус явища, а отже, і його сутність, похідний від особливого устрою його буття) [12].

Таким чином, принципова новизна темпоральної онтології права полягає, зокрема, у тезі, що право не існує «раз і назавжди», коли «нормативне силове поле» немовби постійно незримо пронизує наше спів-буття на кшталт поля електромагнітного чи радіаційного фону. Навпаки, право існує *час від часу*, як безліч окремих, сингулярних подій, які в кожному конкретному випадку можуть і не відбутися (і права в такому разі не буде!), маючи тільки вірогідні шанси на існування. Однак якщо право все ж таки відбувається, то цю подію можливо «схопити» через опис її певних смислових закономірностей як динамічних алгоритмів — як-от локалізація феномену права в часовому проміжку між релевантним у правовому відношенні діям і його правовими наслідками тощо.

Звідси слідує відповідь і на інше вельми доцільне запитання П. Рабіновича: «чи вірно розуміти, що до “події” права немає? Проте і розуміння “події” може бути доволі неоднозначним (на рівні філософії). Адже є такі події, для яких присутність людини не обов’язкова (сонячні спалахи, землетруси). Якщо ж це події обов’язково за участю людини, то ми повертаємося до традиційного соціуму (поза яким людини і не існує у нормальній соціальній науці)»¹. На першу частину запитання слід відповісти ствердно. Адже поза конкретною подією, яка зумовлює правовий режим осмислення того, що відбувається, права власне не існує. У такому разі право «є» або «на папері» як мертвий масив нормативних приписів, або «в голові» як спекулятивні міркування чи абстрактні уявлення «про належне». На противагу цьому в темпоральній онтології права останнє первісно існує як «тяга», зв’язок між вчиненим діям і його правовими наслідками, локалізований у часовому розриві між ними².

Звідси впливає відповідь і на другу частину запитання. Як я неодноразово вказував, право відбувається не в будь-якій події: вона має бути породжена людським діям, до того ж спрямованим на Іншого як Будь-кого, на місці котрого може опинитися і Третій³. Нарешті для того, щоб право відбулося, правові наслідки мають бути сучасні і співрозмірні вчиненому діям, коли відповідна міра первинно міститься не в нормі, а в тому Іншому, на кого це діям спрямоване [1, с. 139; 7, с. 66 і далі]. Отже, мова йде не просто про банальне міркування, що право існує поміж людьми, а про експлікацію алгоритму цього процесу, виявлення тих «динамічних інваріантів», які зумовлюють правовий статус того, що відбувається. Таким чином, темпоральна онтологія права не відкидає класичні поняття теорії права: норму, правовідносини, суб’єкта права та ін., а тільки намагається показати, що всі ці явища є похідними, набуваючи свого правового статусу завдяки онтологічно первісній події права.

Критика моїх поглядів міститься і у статті молодого українського дослідника О. Ткаченка (м. Київ) [4]. На відміну від П. Рабіновича, він критикує мої погляди не «зовні», з позицій «класики», а «зсередини», активно звертаючись до

¹ Висловлено в особистій переписці.

² Зараз я саме і працюю над тим, щоб описати онтологічні риси, притаманні цій тязі, виявити, у чому полягає її «рушійна сила».

³ Також це діям має спричиняти шкоду або нести можливість її спричинення. Про це та про те, в чому полягає специфіка правової шкоди, див.: [7, с. 66 і далі].

праць М. Гайдеггера, Ж. Деррида та інших сучасних філософів, що, безумовно, додає градусу полемічності.

Судячи з назви статті «“Онтологічне розрізнення М. Гайдеггера”»: епістемологія імплементації у правознавство», вона має на меті дослідити, як саме онтологічне розрізнення М. Гайдеггера¹ може бути імплементоване у правознавство². Та й далі висувається претензія щодо «експозиції альтернативної стратегії організації інтелектуального простору правознавства у світлі вказаного концепту (онтологічного розрізнення. — О. С.) німецького філософа» (тобто М. Гайдеггера. — О. С.) (с. 279). Звідси було б логічним припустити, що О. Ткаченко сумлінно вивчить праці тих дослідників, які до нього займалися цим нелегким питанням, виділить переваги і недоліки їх підходів і запропонує свій шлях вирішення поставленої проблеми. Але ні. Жодна з тих фундаментальних праць, які досліджують, наскільки «онтологічне розрізнення» М. Гайдеггера є релевантним у правовому відношенні, не аналізується³.

¹ Яке полягає в розрізненні сущого та буття цього сущого. Отже, викликає здивування зауваження О. Ткаченка, що «представлення онтологічного розрізнення як відмінності між сущим і буттям значною мірою елімінує складність їх співвідношення і обмежує можливість набуття правовим мисленням філософського статусу» (с. 279). Адже тільки так і розуміє онтологічне розрізнення сам М. Гайдеггер: [13, с. 20; 11, с. 6]. Не менший подив викликає і пафосне зауваження критика про те, що «не буде перебільшенням твердження, що якщо політично ХХ ст. почалося 1914 р. із початком Першої світової війни, то інтелектуальним його початком є публікація 1929 р. статті М. Гайдеггера “Що таке метафізика?”, каркасом якої й була ідея розрізнення сущого і буття як єдина можливість збереження мислення, а отже, і відповідність людини своїй суті» (с. 279). Адже онтологічне розрізнення було введено ще в «Бутті та часі», яке з’явилося двома роками раніше (1927), а ця праця критиком взагалі не згадується. Нарешті, звинувачуючи мене в «суттєвому і не виправданому відхиленні від гайдеггерівського розуміння онтологічного розрізнення» (с. 280), сам О. Ткаченко, наводячи на підтвердження свого — немовби вірного — розуміння онтологічного розрізнення цитату зі с. 22 праці «Що є метафізика?», замовчує той факт, що у цій роботі М. Гайдеггер взагалі не веде мови про онтологічне розрізнення (навіть не вживає цей термін), а протиставляє суще і Ніщо.

² Залишимо на совісті автора вживання у назві слова «епістемологія»: наскільки «епістемологія», тобто теорія наукового пізнання, є релевантною щодо думки М. Гайдеггера, який завжди протиставляв філософське мислення науці — це, м’яко кажучи, дуже дискусійне питання (про відмінність філософської і наукової думки М. Гайдеггером див.: [14, с. 193]). Узагалі вжиток О. Ткаченком традиційних філософських термінів є якимось «нетрадиційним»: це, наприклад, трактування постметафізичності як деонтологізації темпорального (знову-таки з посиланням на те, що нібито щось подібне говорив М. Гайдеггер) (с. 286). Проте М. Гайдеггер ніколи не вживав цього виразу. Але О. Ткаченко «нічого сумняшся» приписує йому це, маскуючи власні міркування посиланнями на авторитет. Далі — більше. Це — ткаченківське — розуміння кладеться в основу самої думки М. Гайдеггера: адже О. Ткаченко вважає, що саме деонтологізація темпорального дає підстави назвати філософію М. Гайдеггера фундаментальною онтологією! Як людина, яка близько 10 років читає спецкурс по М. Гайдеггеру на філософському факультеті Харківського національного університету, я не можу пройти повз таку очевидну нісенітницю. Чому його філософія отримала назву фундаментальної онтології, докладно пояснив як сам М. Гайдеггер [13, с. 295; 11, с. 37], так і його учні у відповідних роботах [15, с. 111], і це не має жодного відношення до деонтологізації!

³ Це тим більш дивно, що тільки у моїх працях, в яких я торкався застосування онтологічної диференції у праві, наведена достатньо велика бібліографія з цього питання (див., напр.: [16; 17, с. 83]). Не може служити виправданням і можливе незнання О. Ткаченком німецької мови (хоча саме цією мовою слід володіти для звернення до оригіналів відповідних праць, що є необхідною умовою будь-якого серйозного дослідження на згадану тему): адже останніми роками тільки особисто мною перекладена і опублікована низка фундаментальних праць західних (насамперед німецьких) правознавців, які безпосередньо торкаються співвідношення онтологічного розрізнення М. Гайдеггера і правової думки (див., напр.: [18; 19; 20; 21]). Також зазначені переклади детально прокоментовані мною у багатьох критичних статтях (див., напр.: [22; 23; 24; 25]). Цих праць О. Ткаченко також жодним чином не згадує.

То яку ж мету переслідує О. Ткаченко? Свою увагу він зосереджує на двох моїх статтях, які і служать об'єктом критики. Безперечно, така цікавість до моїх праць дуже тішить. Проте предметне поле критики викликає запитання. Якщо київський дослідник бажає проаналізувати проблему онтологічної диференції і права (як можна припустити з назви його статті) виключно на базі моїх праць, то чому він не звертається до тих моїх творів, в яких аналіз зазначеного питання займає одне з чільних місць? Це насамперед мої монографії «Правова ситуація як виток буття права» (2006), «Некласична філософія права: питання і відповіді» (у співавт., 2013). Але О. Ткаченко взагалі не згадує про них.

Якщо ж він бажає поставити питання ширше, обговоривши релевантність філософії М. Гайдеггера до правознавства в цілому, то чому жодним чином не беруться до уваги ті численні праці, де ретельно досліджуються ці проблеми [окрім згаданих, див., напр.: 26; 27; 28]?¹ У разі якщо О. Ткаченко хоче покритикувати концепцію темпоральної онтології права, то чому ж він обмежується тільки двома статтями (одна з яких взагалі не стосується темпоральної онтології)² – адже засади цієї концепції сформульовані мною у вигляді підрозділу вже згаданої та широковідомої колективної монографії, а також у декількох програмних статтях, надрукованих у провідних виданнях України, Росії, Беларусі [див., напр.: 30–32]? Отже, фактично праця О. Ткаченка являє собою критику двох моїх робіт, обраних за критерієм, який не піддається жодній раціональній ідентифікації, а багато закидів, які робить київський дослідник, взагалі могли б не виникнути, якщо б він, перемігши наукову легковажність, дав собі раду проаналізувати інші мої роботи. Але критиків, за влучним висловом А. Полякова, як і батьків, не обирають. А відповідати доводиться всім [33, с. 395].

Критична стаття починається з твердження, що єдність правознавства полягає у редукції його до предметності, тобто сфери знання, наявного смислу. Сфера пізнання – творення нового смислу конвенційно виводиться «за дужки» (с. 277). Це, вочевидь, вказує на те, що О. Ткаченко ігнорує не тільки мої роботи, а й інші сучасні праці з некласичної філософії права. Адже не тільки я, але й С. Максимов, А. Поляков, Ю. Пермяков, І. Честнов, В. Павлов, В. Четвернін та ін. неодноразово вказували на те, що смисл права не існує «заздальгедь», а створюється, конструюється в ході соціальних практик. Цей процес і есплікується під назвами «динамічної структури правової реальності» (С. Максимов), «правової комунікації» (А. Поляков), «правової енергійності» (В. Павлов) та ін.³

¹ Якщо говорити тільки про мої роботи з цього приводу, то перша з них датується ще 2004-м роком [29].

² Тому далі, зважаючи на мету цієї праці, буде розглянута тільки та критика, яка безпосередньо стосується темпоральної онтології права.

³ Наприклад, А. Поляков вказував, що «права як такого не існує», бо у цього слова немає стійкого предметного референту [1, с. 94]. Та й С. Максимов зазначав, що «право не є якоюсь річчю, на яку можна вказати: ось це і є право. Останнє являє собою спосіб організації й інтерпретації певних аспектів соціального життя, буття людини» (тобто якраз є конструюванням сенсу. – О. С.) [1, с. 31–32]. Отже, закид О. Ткаченка про те, що «відношення до філософського смислу як до референта залишається незмінним як за умов класики, так і некласики і постнекласики. Відбувається лише перегрупування матерії змісту, процесуальності мислення не виникає» (с. 278), є голосливим, зробленим без елементарного знайомства з текстами і «некласики», і «постнекласики».

Отже, закид у «монолітності» правознавства з цього питання вочевидь є необґрунтованим, оскільки саме проблема «наявності» правового смислу — чи його динамічного конструювання — є однією з ключових у суперечці «класики» і «некласики» [34, с. 84 і далі]. Аналогічним чином говорячи про «віру юристів у відсутність правового пізнання як самостійного дискурсу» (с. 277), молодий київський дослідник мабуть «забув» про фундаментальну вітчизняну працю А. Козловського «Право як пізнання» [35], яка вийшла ще наприкінці 90-х років минулого сторіччя і має доктринальне значення для сучасної української філософії права.

Переходячи до розгляду безпосередньої критики моїх побудов, слід констатувати, що більшість моїх тверджень О. Ткаченко викладає у переверненому вигляді, приписуючи мені низку положень, яких я ніколи не висував. Так, із його статті я довідався про те, що я нібито мислю буття як перехід від одного суцього (права) до іншого (неправа) (с. 279). Але навіть з тієї моєї цитати, яку наводить критик, має бути видно, що ідентифікація суцього як «права» чи «неправа» залежить від того, як — в якому модусі буття — існує відповідне суще. Тобто за умови різних способів буття одне й те саме суще — наприклад, суд — може виявитися як правовим, так і неправовим. Отже, буття у цьому випадку виступає не як *перехід*, а як *онтологічне підґрунтя* відповідного суцього. Не належить мені і твердження, що нібито буття визначає субстанційні риси суцього, яке є правом, у його відмінності від того, що правом не є (с. 279). Як відомо, субстанція є першоосною чогось і в цьому сенсі відрізняється від субстрату — матеріального носія субстанції. Тому (якщо застосувати ці класичні філософські категорії до моїх побудов), то вочевидь субстанцією буде саме буття права, у той час як право як суще — конкретні закони, судові рішення, юридичні інститути та ін. — *субстратом*, тобто тією «матерією», в якій втілюється правова *субстанція* — буття права. Тобто, про які такі «субстанційні риси» правового суцього, які нібито «визначає буття», говорить шановний критик, мені взагалі важко зрозуміти, оскільки суще не має ніякої іншої субстанції, окрім буття.

Хибним є і приписування мені того, що нібито право завжди має передувати самому онтологічному розрізненню, бути субстанцією, інакше ми не зможемо якісно відрізнити суще-право від суцього-неправа. Право, його субстанційні риси завжди мають передувати як критерій системи співвіднесення і бути при цьому інваріантними, аби перевершувати конкретні акти правового мислення (с. 280). Адже на тій самій с. 97 моєї статті, на яку посилається критик, міститься чітке твердження, що саме те, що відбувається, — подія, пригода — і надає сущому, втягнутому в нього, правового способу буття, а відповідно — правового статусу. У своїх працях я неодноразово підкреслював, що ніяке суще само по собі не є ані правом, ані неправом. Відповідний статус суцього залежить від модусу його буття, яке, у свою чергу, є похідним від події (*Ereignis* — нім.) [див., напр.: 30]. Отже, неправильним, таким, що спотворює мою думку, та неграмотним у філософському відношенні є і висновок О. Ткаченка про те, що згідно з моїми поглядами у підсумку нібито виявляється, що буття є модусом існування субстанції (суцього-права). А саме онтологічне розрізнення виступає трансцендуванням — переходом до заздалегідь визначеного смислу (кваліфікуючих ознак права як права), який є апіорним і інваріантним відносно правового мислення (с. 280). Адже, як вже зазначалося, суще — якщо ми тільки не беремо

вульгарний матеріалізм — є не субстанцією, а субстратом. Тобто буття як субстанція не може бути модусом самого себе. А смисл суцього як правового в жодному разі — я ніде про це не писав — не є заздалегідь визначеним. Натомість у своїх роботах я неодноразово вказував, що смислом права як суцього є буття цього суцього — буття права, яке, у свою чергу, є похідним від сутності того, що відбувається — правової події [36]. Крім того, як вже зазначалося, у працях представників динамічного праворозуміння (і моїх у тому числі), неодноразово вказувалося, що право існує як мінливий, динамічний сенс, який відтворюється в межах соціальних практик у ході правової комунікації, діалогу та ін. А отже, у моїх роботах не йдеться про вчитування заздалегідь визначеного сенсу в правові явища.

Неправильним є і приписування мені О. Ткаченком думки, що «буття є невід'ємним атрибутом якогось суцього, і нам залишається лише знайти і дослідити таке суще. Інакше кажучи, буття ніби може бути режимом смислу, який вже існує» (с. 280). Елементарна філософська аксіома полягає в тому, що атрибут може бути приписаний тільки якійсь субстанції — а субстанцією суще бути не може — це лише субстрат. Тому буття — це зовсім не «режим смислу, який вже існує як такий». Сама сутність темпоральної онтології права і динамічного праворозуміння саме і полягає в тому, що правовий сенс не існує наперед, як платонічна ідея, а породжується та відтворюється у соціальних практиках — комунікації, діалозі, динаміці правової реальності, події.

Узагалі створюється враження, що критика О. Ткаченка побудована за наступною схемою. Береться власне потрактування тих положень, які зазнають критики. Стверджується їх хибність (тобто насправді хибність не цитованих текстів, а інтерпретацій самого критика), а потім наводиться висмикнута з контексту якась складна та малозрозуміла цитата видатного філософа, що нібито підтверджує вірність критики. Ну, а якщо читач чогось не зрозумів, це завжди можна списати на неосвіченість самого читача — адже, за переконанням О. Ткаченка, наші юристи до філософії байдужі (с. 278).

Так, критик ототожнює буття права із юридичним фактом, а правове буття — з правовідношенням (с. 281). На яких підставах зроблено такий висновок — для мене загадка. Адже я ніколи і ніде про це не писав. Буття права, яке перетворює «звичайне» суще у правове, виникає внаслідок правової події. Якщо мислити в термінах класичної теорії права, то юридичний факт як «конкретні обставини, з якими закон пов'язує виникнення, припинення або зміну відповідних правовідносин», швидше, можна ототожнити з діянням або правовою подією. І такі закиди вже були мені зроблені, і я на них вже відповідав [6, с. 183]. Проте, яким чином можна ототожнити буття правового суцього та юридичний факт, для мене особисто є незрозумілим. Так само і правове відношення, як конкретне суспільне відношення між двома чи більше суб'єктами права вочевидь є похідним від правового буття і не може бути ототожнене з ним. Адже наявність відносин між фізичними чи юридичними особами не завжди означає наявність саме правових відносин. Юридична догматика як критерій здатна запропонувати тільки закон, яким це передбачено. Але це є чистий релятивізм. Натомість правове буття як тяга, тяжіння між вчиненим діянням та його правовими наслідками не залежить від позитивно-правового регулювання, бо є правовим саме по собі. Цей правовий статус не приписується тязі догматично, а залежить

від ряду умов, які детально виписані мною у відповідних працях, які, принадно, О. Ткаченко не враховує¹.

Зазначену схему аргументації критик зберігає і у філософському обґрунтуванні своїх інвектив. Він розгортає критику моїх поглядів здебільшого спираючись на працю М. Гайдеггера «Що таке метафізика?» Але чомусь ті роботи М. Гайдеггера, на які спираюся я, — а це «Буття та час», а також «пізні» твори, насамперед «Лист про гуманізм», «Час та буття» — ним майже не згадуються. Проте там, де О. Ткаченко все ж звертається до зазначених праць, це робиться, м'яко кажучи, поверхово. Так, посилаючись на «Час та буття», він вказує, що для того, щоб мислити неметафізично, необхідно, за словами М. Гайдеггера, розглядати буття лише у світлі «наявності місця» як такого. У метафізиці це останнє «вислизає на користь того, що наявне у місці буття, наявність якого в наступному осмислюється виключно як буття у світлі сущого і вводиться в те чи інше поняття». Час і виступає онтологічним розрізненням, але лише якщо він не мислиться у категоріях існуючого (сущого). Задля цього необхідно прийняти, що «час не є. Час має місце. Місце, що уміщує час, визначається з відхиляюче відмовляючої близькості. Вона зберігає відкритість простору-часу і приховує те, що залишається відхиленням у здійсненому, у чому відмовлено тим, що настає. Ми називаємо місце, що уміщує власне час, провіттом приховуючої протяжності. Оскільки протяжність сама є уміщенням, у часі як такому вже таїться наявність місця» (с. 281–282).

Що ж ховається за цими важкими конструкціями? Яким чином цитовані фрагменти суперечать моїй позиції щодо правового буття чи часу? Які власні побудови О. Ткаченко бажає здійснити на підставі цитованих фрагментів? Що ж це за загадкове «місце», про яке згадує М. Гайдеггер, і як воно пов'язане з правом? Відповіді на ці питання було б дійсно цікаво почути. Тим більше, що звернення до оригіналу цієї праці (а не переклад українською перекладу з німецької на російську В. Бібіхіна) виявляє, що згадане таємниче «місце» насправді є перекладацькою вигадкою В. Бібіхіна, який намагається таким чином відтворити німецьке «*es gibt*» [37, с. 20]. Але критик не ускладнює собі життя, одразу після цього переходячи до цитування Ж. Дерріда і навіть не намагаючись продумати, що впливає з наведених положень німецького філософа².

¹ Як вже було сказано у відповіді на критику П. Рабіновича, це насамперед вчинення діяння, спрямованого на Іншого як будь-кого, на місці якого може опинитися і Третій, а також сучасність та співрозмірність діяння зустрічного (правових наслідків).

² Аналогічна недбалість має місце і при повторному зверненні О. Ткаченка до «Часу та буття», коли він критикує моє трактування події (с. 283). Так, київський дослідник пише, що М. Гайдеггер нібито розглядав подію як те, що вводить речі в їх власну сутність, посилаючись при цьому на с. 402–403 згаданої праці. Але якщо ми звернемося до тексту М. Гайдеггера, то побачимо, що насправді на межі с. 402 і с. 403 йдеться про подію, яка визначає час і буття в їх взаємній належності, в їх власній сутності. Це є очевидним перекичуванням, бо читач вочевидь все зрозуміє так, немовби подія вводить в їх власну сутність речі у їх звичайному розумінні — стіл, стілець — т. зв. «речові докази» та ін. Тим більше сам М. Гайдеггер чітко стверджує, що ані буття, ані час не є речами (с. 392 цитованої праці). О. Ткаченко може послатися на те, що на с. 403 вказано, що і час, і буття нібито є речами. Проте це вказує не М. Гайдеггер, а перекладач — В. Бібіхін. Якщо б критик дав собі раду повернутися до німецького оригіналу цієї праці, він би мав змогу побачити, що на с. 403 мова йде не про «das Ding», тобто про річ у її звичайному розумінні (як на с. 392), а про «Sache», тобто «факт», «справу», «проблему», які становлять буття і час [37, с. 24]. Тобто О. Ткаченко вочевидь заплутав читача, створивши враження, що у цитованій праці йдеться про подію введення речей в їх власну сутність, в той час як насправді йдеться про подію як виток буття і часу.

До чого ж приходять шановний критик у підсумку? Він зазначає, що «курс права-як-філософії (у світлі фундаментальної онтології) сприймає право не як суще, а як буття, а це означає, що він завжди прагне зберегти незалежність права від будь-якого наявного смислу» (с. 287). Проте, хіба не це саме стверджувалося мною (та іншими представниками динамічного праворозуміння) у наших численних працях?! Про те, що право насамперед є буттям, а тільки в другу чергу — суцям, я прямо писав як у критикованій О. Ткаченком статті, так і в багатьох інших [див., напр.: 1, с. 127 і далі; 30; 36]. А теза про відсутність у права предметного референту і про динамічний (такий, що відтворюється, а не існує задалегідь і наявно) характер правового смислу давно вже стала свого роду «візиткою» динамічного праворозуміння!

Насамкінець свою позитивну програму (як же саме слід застосувати онтологічну диференцію до правознавства і що з цього випливає для права) О. Ткаченко викладає в одному абзаці, яким і завершується його стаття. Він пропонує як «панацею» правове порівняння, зазначаючи, що «правове порівняння може розглядатися як постійне подолання правової метафізики (юридичної догматики) у розумінні деконструкції наявних правових смислів. Ніщо — це простір, що роз'єднує правопорядки. Темпоральність — це відмінність власного права від зарубіжного. Екстатичність — це можливість перевершення власного права, творення нових смислів, яка дарується існуванням іншого права. У такому розумінні існування іншого права є гарантією майбутнього права власного» (с. 288). Що ж таке правове порівняння? Чи це правова компаративістика, як окрема галузь юридичної науки, чи дослідницька стратегія правознавства як такого? Що з чим слід порівнювати? Який-такий простір-ніщо роз'єднує, наприклад, правопорядки країн ЄС? А як щодо міжнародних договорів? Що означає твердження, що темпоральність є відмінністю власного права від зарубіжного і як бути в цьому випадку з міжнародним правом — чи воно атемпоральне? У чому відмінність екстатичності у згаданому сенсі від правотворчості, законотворчості та правозастосування? За кожним реченням у висновках статті О. Ткаченка стоїть, як мінімум докторська дисертація. Залишається сподіватися, що зазначені вислови не залишаться порожніми пишними фразами, і в наступних роботах шановного критика ми отримаємо чітке і переконливе обґрунтування цих гіпотез.

Підбиваючи підсумки, треба зазначити, що критика як динамічного праворозуміння, так і темпоральної онтології права, звісно, є позитивним задумом, оскільки полемічність становить життя правознавства, а відсутність спору означає смерть відповідної дисципліни. Тому і П. Рабіновичу, і О. Ткаченку слід, безумовно, подякувати за увагу до згаданих філософсько-правових напрямів і гострі інвективи, які примушують ґрунтовно замислитися над рядом речей. Разом з тим слід зауважити, що, критикуючи когось, треба утриматися від спокуси вчитувати власні сенси у відповідні побудови. Адже при зверненні до чогось нового інколи виникає непереборне бажання оголосити все це чимось «давно відомим». Звісно, яблука падали на голову і до Ньютона. Але чомусь ніхто не додумався на цій підставі заперечити відкриття ним закону всесвітнього тяжіння.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Некласическа* філософія права: вопросы и ответы. — Харьков : Б-ка междунар. журн. «Пробл. философии права», 2013.
2. *Сатохіна Н.* Герменевтичні смисли правової реальності / Н. Сатохіна // Право України. — 2014. — № 1.
3. *Данилюк С.* Актуальные этические проблемы права в условиях ценностно-мировоззренческого конфликта современности / С. Данилюк // Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма. — Минск : Акад. МВД, 2015.
4. *Ткаченко О.* «Онтологічне розрізнення» М. Гайдеггера. Епістемологія імплементації в правознавстві / О. Ткаченко // Філософія права і загальна теорія права. — 2014. — № 1–2.
5. *Рабінович П.* Праворозуміння: потребова інтерпретація / П. Рабінович // Філософія права і загальна теорія права. — 2014. — № 1–2.
6. *Поляков А.* Нуждается ли теория права в идеях М. Хайдеггера? / А. Поляков // Правоведение. — 2013. — № 4.
7. *Стовба А.* Нуждается ли теория права в идеях М. Хайдеггера? (ответ на полемические замечания проф. А. В. Полякова) / А. Стовба // Правоведение. — 2014. — № 5.
8. *Стовба А.* Феноменолого-коммуникативный подход А. В. Полякова: нуждается ли философия права в теории права? / А. Стовба // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции. — СПб. : ООО Издат. дом «Алеф-пресс», 2014.
9. *Варламова Н.* Методологія юридичної науки: спокуса постмодерном / Н. Варламова // Право України. — 2014. — № 1.
10. *Честнов І.* Посткласична методологія права / І. Честнов // Право України. — 2014. — № 1.
11. *Хайдеггер М.* Бытие и время / М. Хайдеггер. — М. : Ad Marguinem, 1997.
12. *Стовба А.* О перемене сущности или «что есть» право в эпоху постметафизики / А. Стовба // Правоведение. — 2008. — № 1.
13. *Хайдеггер М.* Основные проблемы феноменологии / М. Хайдеггер. — СПб. : Высш. религиозно-философ. шк., 2001.
14. *Хайдеггер М.* Письмо о гуманизме / М. Хайдеггер // Время и бытие. — М.: Республика, 1993.
15. *Гадамер Х.-Г.* Пути Хайдеггера: исследования позднего творчества / Х.-Г. Гадамер. — Минск : ПроPILEI, 2007.
16. *Стовба О.* Філософія М. Гайдеггера та правове мислення / О. Стовба // Наук. вісн. Чернів. ун-ту : зб. наук. пр. Вип. 492: Правознавство. — Чернівці : Чернів. нац. ун-т, 2009.
17. *Стовба А.* Право естества: в попытках переосмысления естественного права / А. Стовба // Рос. ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 81–95.
18. *Майхофер В.* Право и бытие / В. Майхофер // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
19. *Кауфманн А.* Онтологическая структура права / А. Кауфманн // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
20. *Шпренгер Г.* О месте права в фундаментальной онтологии М. Хайдеггера / Г. Шпренгер // Проблеми філософії права. — 2008–2009. — Т. VI–VII.
21. *Фехнер Э.* Философия права / Э. Фехнер // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3.
22. *Стовба А.* Дает ли фундаментальная онтология фундамент для права? / А. Стовба // Проблеми філософії права. — 2008–2009. — Т. VI–VII.
23. *Стовба А.* Эрих Фехнер: опыт пограничности или бытие-между правом и экзистенцией / А. Стовба // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3.

24. *Стовба А.* Артур Кауфманн: в поисках «целого» права / А. Стовба // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
25. *Стовба А.* Вернер Майхофер: от «Бытия и времени» к «Праву и бытию» / А. Стовба // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
26. *Minkkinen P.* Thinking without Desire / P. Minkkinen. — Portland : Hart Publishing, 1999.
27. *Tontti J.* Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law / J. Tontti. — Burlington : Ashgate, 2004.
28. *Die Ontologische Begründung des Rechts.* — Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.
29. *Стовба А.* Модусы бытия права в контексте фундаментальной онтологии М. Хайдеггера / А. Стовба // Проблемы законности. — 2004. — № 67.
30. *Стовба А.* Что есть право? / А. Стовба // Правоведение. — 2013. — № 4.
31. *Стовба А.* Темпоральная онтология права / А. Стовба // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе. — Минск : Акад. МВД, 2012.
32. *Стовба О.* Динамічне праворозуміння: онтологія і методологія / О. Стовба // Право України. — 2014. — № 4.
33. *Поляков А.* Коммуникативное правопонимание : избр. тр. / А. Поляков. — СПб. : Издат. дом «Алеф-пресс», 2014.
34. *Тимошина Е.* Классическое и постклассическое правопонимание как стили мышления / Е. Тимошина // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции. — СПб. : ООО Издат. дом «Алеф-пресс», 2014.
35. *Козловський А.* Право як пізнання: Вступ до гносеології права / А. Козловський. — Чернівці : Рута, 1999.
36. *Стовба А.* Право и событие. Экзистенциально-онтологический анализ / А. Стовба // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4.
37. *Heidegger M.* Zeit und Sein / M. Heidegger // Zur Sache des Denkens. — Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 2007.

Стовба О. В. Що таке темпоральна онтологія права? Відповідь критикам

Анотація. Стаття являє собою розгляд філософсько-правової критики авторської концепції темпоральної онтології права. Автор відповідає на критику, викладає зміст зазначеного підходу, аналізує його специфіку стосовно інших шкіл праворозуміння. У статті накреслюються основні філософсько-методологічні риси зазначеної концепції.

Ключові слова: право, темпоральність, динамічне праворозуміння, онтологія, буття.

Стовба А. В. Что такое темпоральная онтология права? Ответ критикам

Аннотация. Статья представляет собой рассмотрение философско-правовой критики авторской концепции темпоральной онтологии права. Автор отвечает на критику, излагает содержание данного подхода, выделяет его специфику относительно иных школ правопонимания. В статье подчеркиваются основные философско-методологические черты указанной концепции.

Ключевые слова: право, темпоральность, динамическое правопонимание, онтология, бытие.

Stovba O. What is Temporal Ontology of Law? Response to Critics

Summary. The legal-philosophical critics of the temporal ontology of law is considered in the article. The author answers to the critics, develops the content of his approach, and analyzes its specific concerning the other types of law-understanding. The main philosophical and methodological features of such approach are examined in the article as well.

Key words: law, temporality, dynamic understanding of law, ontology, Being.

БУТТЯ-ДО-СМЕРТІ І ПРАВО НА ЖИТТЯ. ДО ПИТАННЯ ПРО ЕКЗИСТЕНЦІАЛЬНІ ДЖЕРЕЛА ПРАВА

Р. ЗИМОВЕЦЬ
*кандидат філософських наук,
науковий співробітник
відділу філософії культури, етики та естетики
(Інститут філософії
імені Г. С. Сковороди НАН України)*



Право на життя є одним із найдавніших та, мабуть, найбезсумнівніших у переліку загальних прав людини. Воно формулюється у ранніх модерних доктринах природних прав, переходячи, згодом, у декларації прав та позитивне конституційне законодавство окремих держав. Теоретики права, починаючи з Т. Гоббса, досить одностайні у тому, що привілейований характер права на життя обґрунтовується фундаментальним мотивом уникнення смерті, насамперед насильницької смерті, яка є граничним наслідком конфлікту. За словами Г. Л. А. Харта, «щоб підняти те чи будь-яке інше питання стосовно того, як люди повинні жити разом, ми маємо виходити з того, що їх метою взагалі то є жити» [1, с. 195].

Разом з тим у філософії існує прямо протилежна інтерпретація досвіду смерті та його нормативного значення. Вона представлена в рамках загального підходу, який отримав назву «філософія екзистенції»¹. При всьому розмаїтті доктрин, що можуть бути віднесені до цього напрямку, їх об'єднує спільне розуміння того, що людину не можна мислити на зразок предмета природничих наук, що «сутність» людини є чимось таким, що принципово уникає будь-якої об'єктивності. Людина як «екзистенція» — це людина індивідуального вибору, можливості, відповідальності, страждання, сумління, тобто всього того, що не можна прорахувати та редукувати до «наявного складу». І для такого «необ'єктивованого» розуміння людини феномен смерті відіграє ключову роль. Переживання можливої смерті це, за словами К. Ясперса, та «ситуація на межі», в якій екзистенція маніфестує себе, в якій вона висвічується [2, с. 223]. Відкрившись власній конечності, людина насправді стає тим, ким вона є: полишеним на себе індивідуальним буттям, здатним робити власний вибір та відповідати за нього.

Отже, і у філософії екзистенції, і у філософії права досвід смерті (у феноменологічному розумінні його сенсу для людини, а не як актуального фізіологіч-

¹ Детальніше про визначення цього поняття йтиметься у наступному розділі цієї статті.

ного процесу вмирання) відіграє важливу роль. Втім ця роль є діаметрально протилежною. У праві це той досвід, якого людина апіорі намагається уникнути і який вмотивовує та обґрунтовує пріоритетний характер права на життя. У філософії екзистенції – це досвід, відкритість якому тільки і дозволяє людині проявити себе, а теоретичному погляду – схопити та описати її без залучення об'єктивуючих категорій.

Мета цієї статті – дослідити, чи дійсно розуміння смерті у філософії права та у філософії екзистенції є несумісними одне з одним. Тобто, чи насправді вони описують настільки різні досвіди смерті, що між розумінням людського буття як екзистенції, з одного боку, і як «буття-у-праві» – з другого, не може бути жодної конвергенції. Правомірність постановки такого питання базується на двох аргументах. По-перше, при всьому можливому розмаїтті розумінь досвіду смерті вони повинні відсилати до певної смислової єдності цього феномену, а значить, розуміння різних модусів смерті, маючи свою специфіку, залишаються пов'язаними з цією первісною смисловою єдністю. По-друге, і у філософії права, і у філософії екзистенції досвід майбутньої смерті тягне за собою нормативні імплікації. У першому випадку, це нормативна вимога уникнення смерті й захисту від насильства. У другому – це вимога самореалізації, вибору власного індивідуального буття. Відмінність нормативних імплікацій, що походять від одного й того самого переживання майбутньої смерті, сама по собі заслуговує на увагу, як і питання про те, чи не існує нормативного зв'язку між екзистенціальною вимогою індивідуальної самореалізації та захистом від насильницької смерті.

Розв'язання окреслених вище питань у межах цієї роботи буде здійснене у чотири кроки. По-перше, будуть розглянуті основні аргументи на користь пріоритетного характеру права на життя щодо інших прав людини. У загальному вигляді ці аргументи були сформульовані у модерній природно-правовій традиції. Особлива увага буде приділена значенню досвіду страху насильницької смерті, що вмотивовує цю пріоритетність. По-друге, буде зроблений аналіз фундаментально-онтологічного поняття смерті М. Гайдеггера у перспективі розрізнення власного та невласного способу буття (екзистування) людини. При цьому розгляд буде зосереджено не на значенні смерті з точки зору цілей та завдань фундаментальної онтології, а на, за словами самого М. Гайдеггера, «онтичному підґрунті» такої онтологічної інтерпретації [3, с. 312]. Нас буде цікавити значення «буття-до-смерті» щодо повсякденного, «внутрішньосвітового» індивідуального досвіду людини. По-третє, буде здійснена екзистенціальна інтерпретація досвіду страху насильницької смерті, у результаті якої він постане як один з онтичних модусів буття-до-смерті. Відмінність цього досвіду від онтологічного «жаху» містить нормативні імплікації, які екзистенціально вмотивовують пріоритетний характер права на життя. По-четверте, буде продемонстроване значення страху насильницької смерті та його нормативних імплікацій для виявлення екзистенціальних джерел права та окреслення його «регіональної» специфіки.

1. Пріоритетний характер права на життя та його нормативні засновки

Перше теоретичне обґрунтування права на життя у модерній філософії постає у працях Т. Гоббса, який лише за ним визнає статус «природного». Яким

чином Т. Гоббс обґрунтовує це право? Подібно до Р. Декарта він намагається знайти певну непохитну «достовірність», щоправда, не теоретичного, а практичного характеру. Ця достовірність повинна ґрунтуватися на елементарних та абсолютно застосовних мотивах людської поведінки, спираючись на які, можна було б побудувати наукову теорію держави. Т. Гоббс виявляє специфічний дуалізм таких мотивів: з одного боку, це «вроджене бажання, відповідно до якого кожен вимагає для власного вжитку речі, що належать всім», з другого — «природний розум, відповідно до якого кожен намагається уникнути насильницької смерті як найбільшого природного зла» [4, с. 7]. Вроджене бажання є не чим іншим, як постійним прагненням людини до влади. Вимога кожною людиною «речей для власного вжитку» з необхідністю веде до конфліктів з Іншими, які прагнуть того самого та, як наслідок, намагання панування над цими Іншими. Прагнення до влади веде людину до засліплення, занурює її у мрії щодо досяжності тих благ, яких вона прагне, говорячи узагальнено, штовхає на шлях марнославства. Модель спільного життя, побудованого виключно на цьому прагненні, являє собою «природний стан», в якому кожен має право на все, а єдиним законом є закон сили.

Вивести людину із засліплення прагненням влади може лише така ж вражаюча сила, як і саме це прагнення. Такою силою є страх насильницької смерті, тобто розуміння вразливості перед Іншим, постійної можливості бути вбитим незалежно від того, скільки влади зосереджено у тих чи інших руках. Досвід цього страху приводить людину до природного розуму, головною вимогою якого є природне право на збереження життя. Саме природний розум, який керується прагненням до самозбереження, змушує людей об'єднуватись у держави і встановлювати закони, які обмежують прагнення до влади заради збереження права на життя. «Штучний стан, як більш досконалий, виникає, коли два опоненти, відомі страхом за своє життя, долають своє марнославство і сором зізнання у своєму страху, і визнають як реального ворога не суперника, але цю «страшну ворожу природу смерті», яка, як їх спільний ворог, примушує їх до взаємного розуміння, довіри та союзу...» [5, р. 22]. Такий примус до взаємоповаги виказує нормотворчий характер досвіду страху насильницької смерті. Цей доведений до крайньої межі досвід конфлікту розкриває горизонт нормативності, який втілюється в «основних законах», першим з яких є закон збереження миру [4, с. 36].

Вчення Дж. Локка часто-густо протиставляється концепції Т. Гоббса, насамперед через радикально відмінні інтерпретації природного стану та меж повноважень держави. Але в принциповому моменті Дж. Локк залишається вірним традиції, що була започаткована Т. Гоббсом. Він додає до природного права на життя право на свободу та власність, чим, фактично, розвиває концепцію свого попередника¹. Не так вже й важливо, як ми мислимо природний стан — як стан війни, або як стан миру. Природне право на життя залишається першим, оскільки спільному життю людей завжди притаманні смертоносні конфлікти. «Зісутність і порочність звироднілих людей» виявляється навіть у стані первісного миру, завдяки чому, власне, й існує потреба у його заміні на правовий стан [6, с. 196].

¹ Детальніше про зв'язок концепцій природних прав Т. Гоббса і Дж. Локка див.: [8, с. 195–240].

Починаючи з І. Канта, у природно-правовій теорії акцент поступово зміщується з права на життя до права на свободу. Людині як розумній істоті притаманні насамперед автономія, здатність діяти самостійно незалежно від зовнішніх чинників впливу. Відповідно, єдиним природним правом постає право, що захищає автономію, тобто право на свободу. Від Дж. С. Мілля до Дж. Ролза право на свободу (або, в деяких теоріях, на «свободи») буде посідати провідне місце у ліберальній ієрархії прав. Але, як продемонстрував Е. Тугендгат, ліберальне право на свободу вже передбачає право на життя: «людина може скористатися свободою, вільним простором для дій за наявності певних фундаментальних передумов, які становлять ще фундаментальніші інтереси» [7, с. 53]. Негативний аспект права на свободу передбачає невтручання, або моральну нелегітимність довільного втручання у сферу автономії людини. Вочевидь таке невтручання вже включає в себе право на життя як передумову автономії.

Пріоритет права на життя обґрунтовується і вже згадуваним нами Г. Л. А. Хартом. Розробляючи свою теорію «мінімального змісту природного права», він спирається на традицію, що йде від Т. Гоббса, уникаючи, в той же час, її метафізичних імплікацій. Г. Л. А. Харт доходить висновку, що в основі модерної концепції природних прав закладена очевидна істина стосовно прагнення людини таким чином організувати спільне життя, щоб забезпечити виживання всіх тих, хто причетний до цієї організації. Захист життя є першою нормативною вимогою будь-якої правової системи і його необхідно відокремлювати від питання про те, яким чином може бути організоване спільне життя.

Навіть із такого побіжного аналізу стає очевидним значення досвіду насильницької смерті для конституювання правової нормативності. Насильницька смерть розуміється як той екстремальний досвід, який розкриває граничну загрозу з боку Інших і тим самим висвітлює перше й фундаментальне право людини. Водночас, цей екстремальний досвід розкриває й специфіку правової нормативності як такої — її спрямованість на захист від загроз, які генеруються у спільному бутті.

Але чи завжди люди намагаються уникнути смерті? Чи завжди вони прагнуть втекти від досвіду страху, який відкриває смерть? Чи не затуляє це прагнення втечі справжнє значення досвіду смерті для людського буття?

2. Неавтентичність страху смерті, автентичність буття-до-смерті у філософії екзистенції

Для «філософії екзистенції» вказані вище питання становлять предмет особливої зацікавленості. Для розуміння мотивів такого інтересу потрібно коротко зупинитися на фундаментальних рисах цього філософського напрямку.

Філософію екзистенції, або «екзистенціалізм», пов'язують насамперед із іменами С. Керкегора, К. Ясперса, Ж.-П. Сартра, А. Камю, Г. Марселя, М. Гайдеггера. Розквіт цього філософського напрямку припав на міжвоєнний період і був тісно пов'язаний із «духом часу», зі світовідчуттям поколінь, які пережили катастрофу Першої світової війни. Остання вбила віру у невинний прогрес практичного розуму людства, поставивши під сумнів провітницьку метафізику, уособлену постатями І. Канта і Г. В. Ф. Гегеля. У центрі філософської уваги опинилося індивідуальне буття з його питаннями страждання, відповідальності, провини, вибору. Це буття не тотожне «універсальному розуму»,

«ноуменальному Я», однаковому для всіх людей, але, в той же час, воно не редукується до сукупності фізіологічних та психічних процесів. «Це виявлення, цей вихід за межі керованих та калькульованих реакцій і способів поведінки у модулі суспільного існування і становлять суть поняття екзистенції» [9, с. 13]. Спільним для всіх мислителів екзистенціального напрямку було намагання описати людське буття без залучення категорійного апарату попередньої метафізики, який завжди неправомірно об'єктивував та універсалізував його, позбавляючи індивідуальності. Але шляхи цих пошуків, як і їх результати, були досить різними.

Напевно найбільш популярною версією філософії екзистенції є вчення Ж.-П. Сартра, з яким насамперед і пов'язане поняття «екзистенціалізм». Рахунки з метафізикою Ж.-П. Сартр зводить через свою відому формулу: «існування (*existentia*) людини передує її сутності (*essentia*)» [10, с. 323]. Якщо метафізика завжди постулювала певну «природу» людини, певну сутність, яка з необхідністю розгортається в існуванні, екзистенціалізм виходить із пріоритету існування щодо сутності. Людина спочатку існує у своїй спонтанній свободі і лише завдяки їй, завдяки постійному здійсненню вибору формує власну «сутність».

Пізніше, у «Листі про гуманізм», М. Гайдеггер виступить із критикою «філософії екзистенції» і вкаже на те, що вона народилась із неправильного розуміння інтенції його роботи «Буття та час» [3, с. 200–201]. І поняття сутності, і поняття існування належать метафізиці, і зміна місць між цими поняттями не досягає мети: як «існування» людина все ще мислиться метафізично, об'єктивовано, як «наявність». Для самого ж М. Гайдеггера «екзистенція» — це не «існування» у сенсі *existentia*, а «ек-зистування» у сенсі постійного «виходу» людини за своєї межі, трансцендування самої себе та сущого. Саме таке розуміння «екзистенції» дозволяє помислити специфічний спосіб людського буття, який не може бути редукований до способу буття простого «наявного» сущого.

Екзистування має характер трансценденції завдяки своїй часовій структурі. Воно є єдністю трьох часових модусів: бути-попереду-себе (майбутнє), уже-бути-у (минуле), бути-при (сучасне). Ця єдність висвічує людське буття як буття-у-світі, в якому відбувається зустріч із сущим: людина завжди «вже є» фактично (історично) у світі, «при» сущому, яке зустрічається лише у горизонті світу і зі своїм розуміючим ставленням до себе та до сущого у світі, яке має місце завдяки майбутньому. Поняттям, яке набуває ключового значення для опису такого розуміючого ставлення до себе та до світу, є «можливість». Завдяки тому, що людина завжди існує у часових «виходах» за межі наявності, у єдності майбутнього, минулого та сучасного, вона завжди є буттям-можливістю, яке, фактично, отожднюється М. Гайдеггером із розуміючим ставленням до самої себе та світу, з донауковим розумінням. Сущє, яке завжди якимось чином, «розуміючи» ставиться до свого буття як буття-у-світі, тобто яке ек-зистує, М. Гайдеггер позначає специфічним поняттям *Dasein* — «Ось-буття»¹. Це не просто намагання знайти синонім звичному поняттю «людина», це зміна бачення, яка говорить

¹ Як у російській, так і в українській філософській літературі, не існує остаточного консенсусу щодо перекладу поняття «*Dasein*». Тому ми вважаємо за доцільне залишити у тексті німецькомовне поняття, яке в силу своєї прозорості конструкції — *Da* (Ось, Тут) та *Sein* (Буття) — не повинно викликати непорозуміння, вказуючи на сущє, головною ознакою якого є ставлення до буття. У цитатах із «Буття та часу» в перекладі В. Бібіхіна залишиться поняття «присутність».

про те, що людина буде розглядатися під певним кутом зору: як розуміюче ставлення до самої себе, виходячи з власних можливостей буття-у-світі [12, с. 72].

Але кінцева мета М. Гайдеггера — не «аналітика екзистенції», тобто не опис специфіки людського буття, а прояснення фундаментального онтологічного питання, тобто питання про Буття взагалі. Для цієї мети «аналітика екзистенції» має лише підготовчий характер. Філософія раннього М. Гайдеггера є «екзистенціальною» за своїм шляхом, але аж ніяк не за своєю метою [3, с. 436]. Проте саме М. Гайдеггеру належить найрадикальніший вираз провідної інтенції філософії екзистенції — мислення людини не як простої «наявності», а як суцього, буттям якого є трансценденція, постійний «вихід» у свої можливості, завдяки чому воно набуває граничної індивідуалізації.

Dasein завжди вже володіє певним розумінням буття і це розуміння виявляє себе у різному ставленні Dasein до світу і самого себе. Dasein може розуміти себе найближчим чином «зі світу», тобто з того суцього, посеред якого воно завжди знаходиться і обходженням з яким завжди стурбоване. У цьому випадку ми маємо «розчинене» у суцьому, а тому невласне розуміння Dasein. Або ж воно розуміє себе із самого себе, тобто зі свого власного екзистування як трансценденції суцього, зі своєї «чистої» часовості. Саме це, власне розуміння Dasein, яке збігається з власним модусом його буття (екзистування), відіграє для М. Гайдеггера ключову роль у проясненні фундаментального онтологічного питання, яке скеровується розумінням того, що Буття це і є час [3, с. 308]. Для того щоб поставити питання про Буття взагалі, необхідно прояснити специфіку буття Dasein, а вона, у свою чергу, не може повною мірою проявити себе у невласному модусі. Саме у цьому переході від невласного до власного способу буття «буття-до-смерті» відіграє ключову роль.

Екзистенціальна аналітика починається з опису повсякденного людського буття, яке завжди розгортається «у-світі». Усередині цього світу воно зустрічає «внутрішньосвітові» суцці, тобто звичайні речі, які є «під-рукою». У світі ми також зустрічаємо інших людей, тому людське буття завжди є спів-буттям. Наше ставлення до внутрішньосвітового суцього опосередковано цим спів-буттям: у повсякденній стурбованості суццим, з яким маємо справу, ми завжди вже захоплені та визначені публічним витлумаченням внутрішньосвітових можливостей. Ця публічність «найближчим чином править всім тлумаченням світу та присутності і виявляється у всьому правою» [3, с. 127]. Пріоритетним часовим модусом тут виступає «тепер» сучасного: Dasein ніби розчинене серед тих речей, обходженням з якими воно завжди стурбоване і яке визначається публічністю (Man).

Але переживання майбутньої власної смерті, з яким Dasein рано чи пізно зіштовхується, вириває його з цього повсякденного розчинення та, так би мовити, повертає до самого себе, до власного екзистування. Жах, який охоплює Dasein перед обличчям смерті, нівелює всі внутрішньосвітові зв'язки, включно з публічним витлумаченням всього суцього. І саме таке нівелювання суцього в цілому, «не-по-собі» Dasein як неможливість опертися на суще, вперше приводить до можливості фундаментального онтологічного розрізнення буття та суцього. Сущо, у його цілісності, включаючи його публічну витлумаченість, відходить на другий план, залишаючи Dasein один на один зі своїм екзистуванням, тобто зі своєю часовістю як постійним виходом за межі. Те, що фундаментально

обмежує людину, її смерть, конечність, є умовою того, що все суще може бути сприйняте у модусі його незначущості, а саме людське буття тільки і виявитися у своєму власному характері, як чиста часовість, чистий вихід за межі наявного сущого.

Смерть досягається Dasein у досвіді «жаху». М. Гайдеггер відрізняє жах (Angst) від страху (Furcht). Останній завжди є страхом перед певним внутрішньо-світовим сущим. «Перед чим» цього страху є щось таке, що загрожує Dasein, наближаючись до нього. На відміну від страху, жах перед смертю не є жахом перед сущим, оскільки смерть взагалі не є сущим. Смерть завжди залишається лише можливістю. Вона є постійним майбутнім для людини, оскільки, коли вона приходить, людина вже перестає існувати. Але це «не-обхідна» можливість; присутність не може її уникнути [3, с. 250]. Як «не-обхідна», смерть не може бути передана Іншому. Тому вона є «самою своєю можливістю» [3, с. 263]. Досвід смерті радикально усамітнює та індивідуалізує Dasein. Жах розкриває «буття-до-смерті» як досвід наперед-стояння цій не-обхідній «самій своїй» можливості, в якому Dasein приводиться до власного характеру буття як часовості, виходу за межі сущого.

Відмінність жаху від страху виказує себе не лише у модусі «перед чим», але і в модусі «за що». «За що» страху, також як і його «перед чим», є певним сущим, до якого має відношення Dasein. «За що» жаху перед смертю не є якимсь окремим сущим або окремим «аспектом» Dasein. Навпаки, досвід жаху смерті розриває зв'язки з внутрішньо-світовими сущими, з предметами повсякденного турботливого обходження. «Світ» не здатен більше нічого запропонувати, як і спів-присутність інших» [3, с. 187]. Але в такій нівеляції повсякденності саме і висвічується не окремий аспект світу, а «світовість» світу як такого, тобто світ у його цілісності, перед яким людина постає у своїй власній здатності бути. Джерелом жаху є не окремі суцї у світі, а людське буття-у-світі як таке [3, с. 251], горизонт можливостей, через який Dasein із розумінням ставиться до себе та світу.

Для М. Гайдеггера це приведення людського буття до його власного характеру є умовою постановки фундаментального онтологічного питання. Тобто буття-до-смерті як специфічний «онтичний» досвід, який може мати кожна людина відносно власного буття, є умовою постановки подальших теоретичних питань онтології. Але що означає «мати» цей онтичний досвід? Чи кожна людина проходить через нього, тобто, чи є він «онтично необхідним»? І що відбувається, коли ми, люди, проходимо через цей досвід? Яким чином він змінює наше повсякденне буття-у-світі? М. Гайдеггер свідомий цих питань і, більше того, чітко їх ставить [3, с. 312], але дає лише схематичні відповіді. Адже ці питання виходять за межі його головного інтересу, становлячи предмет «екзистенціальної антропології», на можливість якої недвозначно вказано у «Бутті та часі» [3, с. 301]. Інакше кажучи, хоча ці питання й правомірні, вони мають другорядне значення для «аналітики екзистенції» як шляху до постановки фундаментального онтологічного питання. У той же час вони набувають ключового значення для прояснення поставленого вище питання про можливість конвергенції двох типів досвіду смерті й постановки питання про екзистенціальні джерела права.

В онтичному плані жах смерті звільняє людину як самотнє буття-у-світі для «рішучості» заступання в її унікальні фактичні можливості, тобто для її власно-

го буття як «самості». Він «...звільняє від загубленості у випадково нав'язаних можливостях, а саме так, що вперше дає, власне, зрозуміти та обрати фактичні можливості, що розташовані перед необхідною» [3, с. 264]. Dasein більше не пливе за течією публічного тлумачення, воно не розчиняється у сучасному, пасивно очікуючи майбутнє та забуваючи минуле. Заступаючи у своє майбутнє, розуміючи себе і світ зі своїх власних можливостей, Dasein «втягує» у своє буття фактичні можливості, відкриті горизонтом минулого та вводить себе у сучасні ситуації, в яких ці можливості можуть бути обрані. При цьому, як підкреслює М. Гайдеггер, індивідуалізація Dasein, яка відбувається у бутті-до-смерті, не означає його ізолювання від світу. Навпаки, Dasein вводиться прямо у завжди стурбоване буття при підручному та вштовхується у турботливе спів-буття з іншими [3, с. 298]. Але таке «введення» та «вштовхування» вже позбавлене публічного витлумачення, Dasein розуміє суще і спів-буття виходячи з власних можливостей буття-у-світі.

Цілком у дусі «філософії екзистенції» ми можемо говорити, що онтичний аспект буття-до-смерті вказує на завдання «самореалізації», під якою розуміється зосереджена концентрація на власних можливостях, відкритих у кінцевій часовості екзистування. І хоча М. Гайдеггер зауважує, що онтично зрозумілий досвід смерті трансформує Dasein із «невласного» у «власний» спосіб буття «без пред'явлення йому та нав'язування “змістовного” ідеалу екзистенції» [3, с. 266], тут важко не побачити нормативні імплікації. М. Гайдеггер говорить про уникнення саме «змістовного» ідеалу екзистенції. Жодний такий «ідеал» дійсно не задається буттям-до-смерті. Але лише остільки, оскільки це буття є формальною умовою можливості будь-якого змістовного «ідеалу» екзистенції. Буття-до-смерті звільняє Dasein для своїх фактичних можливостей, які лежать перед «самою своєю» можливістю, що і означає, мовою філософії екзистенції, «звільнення людини для самої себе», «становлення тим, ким вона є». Буття-до-смерті стає, так би мовити, формальним ідеалом екзистенції, відповідність якому, у кожному конкретному випадку індивідуального Dasein наповнюється своїм фактичним змістом¹.

3. Страх насильницької смерті як один із модусів буття-до-смерті: екзистенціальне обґрунтування права на життя

Тепер ми можемо звернутися до зіставлення двох типів досвіду смерті — страху насильницької смерті, пов'язаної з Іншим, та онтологічного жаху за своє буття-у-світі, яким характеризується буття-до-смерті, — у перспективі виявлення їх нормативних імплікацій.

Із позицій фундаментальної онтології видається очевидним, що описаний природно-правовою традицією, починаючи з Т. Гоббса, страх насильницької смерті, який вмотивовує пріоритетний нормативний характер права на життя, є «онтичним» страхом перед внутрішньосвітовим суцям. Його джерелом, тобто

¹ Цей висновок підтверджується і п'ятою главою «Буття та часу», в якій смерть безпосередньо експлікована як те, об що «розбивається» Dasein і завдяки чому воно відкидається назад, у своє фактичне «ось», тобто у свої фактичні можливості [3, с. 385]. Рішучість входу у ці фактичні можливості недвозначно визначається М. Гайдеггером як обрання Dasein «свого героя» [3, с. 385]. Обрані фактичні можливості є «єдиним авторитетом» для Dasein [3, с. 391], тобто вони і визначають зміст його індивідуалізації, набуття характеру «самості».

«перед чим» страху є інша людина, інше суще. «За що» цього страху є наявність Dasein: лякає можливість його не-наявності, фізичної смерті, від якої прагнуть захиститися.

На противагу цьому онтичному страху, у бутті-до-смерті ми стикаємося з жахом за саме буття-у-світі, яке позбавилося опертя на суще. Це фундаментальний онтологічний жах, джерелом («перед чим») якого не є жодне суще, а, швидше, ніщо. Він має онтичне підґрунтя, тобто він може «бути пережитий», стати досвідом конкретного Dasein, але це не позбавляє його онтологічного сенсу. Перед Dasein існує дві можливості онтичного поводження з цим жахом: або прийняти його та в героїчному наперед-стоянні смерті здійснювати власний вибір фактичних можливостей, «бути собою», або втекти від нього, розчинитися у суццюму.

Проте, чи вкладається страх перед насильницькою смертю у цю дуалістичну онтико-онтологічну схему? Чи не містить він у собі риси як онтичного страху, так і онтологічного жаху і, через це, чи не є він одним з онтичних модусів буття-до-смерті? Як буде продемонстровано далі, на останнє питання потрібно дати позитивну відповідь.

По-перше, тим сущим, яке викликає страх Dasein, є Інше Dasein, яке так само екзистує у-світі. Тобто ми маємо справу не з «перед чим», а з «перед ким» страху¹. Ми лякаємося Іншого не так, як лякаємось блискавки або землетрусу. Це не те саме, що небезпека від наявного сущого. Це небезпека від розуміючого сущого, яке так само екзистує, як і я. Але самим своїм екзистуванням це суще здатне редукувати як мої фактичні можливості, так і можливість самого мого екзистування, тобто можливість бути-у-світі. Саме екзистування Іншого, горизонт його фактичних можливостей становить небезпеку моєму екзистуванню. Інший може трансцендувати Dasein разом із його горизонтом можливостей, тобто нівелювати його як буття-у-світі, перетворивши на голу наявність, на «тіло без ознак життя».

«Перед ким» страху насильницької смерті означає, що ця смерть приходить «зі сторони», її джерелом є не саме Dasein через відведену йому часову кінченість, а хтось Інший. Тому насильницька смерть ніколи не усамітнює повною мірою. Будучи «не-своєю», в ній завжди спів-присутній Інший як її джерело². А тому страх перед насильницькою смертю є водночас страхом перед Іншим. Оскільки страх, як і жах, за М. Гайдеггером, є модусом розуміння [3, с. 344], страх насильницької смерті розкриває Іншого у специфічному модусі його розуміння — у загрозі.

По-друге, «за що» цього страху не є простою наявністю Dasein. Тілесність людини не є лише наявністю, якщо тільки не розглядати її в окремих специфічних перспективах. Вона є частиною буття-у-світі, завдяки якій Dasein тільки і може мати фактичні можливості. Страх смерті Dasein ніколи не може бути лише страхом можливої не-наявності. Швидше, навпаки, це страх опинитися лише

¹ Варте уваги, що в параграфі 31 «Буття та часу», аналізуючи страх, М. Гайдеггер не робить розрізнення між «перед чим» та «перед ким» страху. Страх перед річчю та іншою людиною урівнюється як однаковий страх «перед чим». На нашу думку, це можна пояснити лише неухвагою до проблематики страху як модусу спільного буття, що виправдовується другорядністю екзистенціально-антропологічної проблематики для М. Гайдеггера.

² Повсякденний слововжиток добре фіксує цю рису у словосполученні «померти не своєю смертю».

тільки наявністю, позбавленою розуміючого ставлення до самої себе та світу через власні можливості буття-у-світі. Тобто це завжди страх за своє буття-у-світі і, в цьому сенсі, він збігається з онтологічним жахом М. Гайдеггера. У тому, що будь-який страх смерті Dasein є жахом за своє буття-у-світі (необов'язково завжди чітко артикульованим), полягає змістова єдність досвіду смерті, вкорінена в онтологічному феномені буття-до-смерті. Страх насильницької смерті є онтичним за джерелом свого походження («перед ким»), але він онтологічний через своє «за що», яким є буття-у-світі як таке. Жах тут виростає не з «глибини Dasein», а зі страху перед Іншим Dasein, яке може позбавити нас буття-у-світі¹.

Потрібна дуже штучна наукова настанова, щоб редукувати життя людини виключно до фізіології, а смерть — до припинення її функціонування. І хоча точні наукові методи необхідні для фіксації смерті, або, скажімо, визначення ступеня тілесних ушкоджень, правова оцінка при визначенні провини й ступеня шкоди (в тому числі й стосовно такого злочину, як смерть) завжди тримається «внутрішньосвітового» контексту як жертви, так і злочинця, беручи до уваги біографію, вік, сімейний стан, становище у суспільстві, відносини з оточуючими, ступінь втрат, страждання тощо². Для філософії права звідси випливає важливий висновок: право на життя не є виключно правом на фізичне виживання, збереження фізичної цілісності. Це насамперед право на буття-у-світі, якому, за визначенням, належить моє тіло, тобто горизонт можливостей, який це буття розкриває³.

По-третє, на відміну від описаного М. Гайдеггером досвіду наперед-стояння смерті як не-обхідній можливості, тобто можливості, якої не можна уникнути, насильницька смерть є принципово «не-необхідною». Специфічна часовість насильницької смерті виявляється в її «завжди передчасності». Люди прагнуть оминати її не через те, що вони хочуть втекти від смерті як такої, а саме через цю її фундаментальну передчасність. Щоправда, М. Гайдеггер теж говорить про невизначеність смерті [3, с. 258], але між такою «у кожний момент можливістю» та передчасністю є концептуальна відмінність. До першої можна бути завжди готовим, наперед-стояти їй і, у цьому наперед-стоянні, повертатися до світу, вводити себе у внутрішньосвітові ситуації з їх фактичним можливостями. Друга має інший відтінок: вона завжди «несправедлива», «неправомірна». Передчасність насильницької смерті не залишає жодного шансу повернення до світу. Вона також не залишає шансу для екзистенціального наперед-стояння смерті як самій своїй можливості. Швидше, навпаки, будучи передчасною, вона закриває цю «саму свою» можливість⁴.

¹ Логіка М. Гайдеггера не припускає такого збігу, оскільки для неї залишається прихованою специфіка страху насильницької смерті і розуміння Іншого як загрози такої смерті [3, с. 341–344].

² Як зазначає Ю. Габермас, «від конкретної юрисдикції ми навіть повинні очікувати незвичайного герменевтичного чуття щодо обставин, які з індивідуальних біографічних перспектив учасників дій виводять відмінні релевантності» (див.: [3, с. 262–263]). Про значення «внутрішньосвітового» контексту для проблематики правової інтерпретації писав і Л. Фуллер: «Життєвий досвід, здатність до співчуття та вміння обрати серед правових норм правильний орієнтир для власних дій — усе це має дуже важливе значення для прийняття належного рішення» (див.: [14, с. 213]).

³ Сучасна теорія права, зокрема, вказує на те, що «життя повинне розглядатися правом не лише як форма біологічного існування, а й як спосіб самореалізації конкретної особистості» (див.: [15, с. 12]).

⁴ Специфічним випадком наперед-стояння насильницької смерті є ситуація війни. Але розгляд цієї теми виходить за межі даної статті.

Вказані відмінності визначають специфічні нормативно-правові імплікації досвіду страху насильницької смерті. Онтичне заступання у ненасильницьку смерть дозволяє зрозуміти фактичні можливості Dasein на тлі свого часового буття-у-світі. У цьому виявляється позитивний характер «буття-до-смерті», яке розкриває для Dasein, водночас, світ та власні індивідуалізовані можливості буття у цьому світі. Dasein входить у власні можливості, вбираючи у себе фактичне минуле та відкриваючись у сучасних ситуаціях внутрішньосвітовому суццюму.

Страх насильницької смерті також приходить із майбутнього і він також має риси жаху за буття-у-світі в цілому. Але «не-свій» та «не-необхідний» («передчасний») характер насильницької смерті радикально диференціює цей модус «буття-до-смерті». У загрозі насильницької смерті немає жодного звільнення Dasein для його власних фактичних можливостей. Цей досвід не тягне за собою модифікацію буття-у-світі від невласного до власного. Навпаки, насильницька смерть постає в ньому як те, що заважає приведенню свого буття до цілісності та власності. Вона перебиває «саму свою» можливість власної смерті та нав'язує передчасну можливість, яка закриває перед Dasein її буття-у-світі як у його невласному, так і у можливості його власного модусу буття у цьому світі.

Передчасність як часова характеристика насильницької смерті означає, що у Dasein забирають його час, тобто що його заперечують у його ж власній онтологічній основі, а значить, і в будь-якій конкретній формі його екзистування, входження у внутрішньосвітові можливості. Ця передчасність є онтологічною основою нормативної вимоги збереження життя, яке в екзистенціальній інтерпретації ми визначили як право на буття-у-світі. Передчасність сприймається як фундаментально «неправомірна», оскільки відбирає у Dasein те граничне «заради-чого», щодо якого вибудовуються будь-які його внутрішньосвітові можливості: буття-у-світі.

«Не-свій» характер насильницької смерті спрямовує цю нормативну вимогу щодо Іншого як джерела можливої смерті та ставить завдання захисту від нього. Джерелом передчасності смерті є Інший, який відбирає у мене світ і від якого приходить «не своя» смерть. Світ вислизає від мене до Іншого, причому не в окремому своєму аспекті, не в конкретних фактичних можливостях, а саме як умова будь-яких фактичних можливостей, тобто як цілий світ. Інший у загрозі насильницької смерті постає джерелом граничної редукації моїх можливостей буття-у-світі, неможливості екзистування як такого.

Характер цієї нормативної спрямованості на Іншого стає більш прозорим завдяки онтичній інтерпретації феномену провини, наведеній у параграфі 58 «Буття і часу»¹. У ньому М. Гайдеггер таким чином визначає формальне поняття провини та винності: «бути основою вади у Dasein Іншого, а саме так, що це буття-основою само себе визначає зі свого чому як ущербне» [3, с. 282]. Ця «ущербність» є незадоволенням вимоги, що впорядковує екзистуюче спів-буття з іншими. Щоправда, далі М. Гайдеггер вказує на те, що «вада» є нестачею чогось належного, тобто його «небуттям у наявності», а тому екзистенція не може мати жодної вади, оскільки вона не є наявністю [3, с. 283]. Висхідна, онтологічна провинна Dasein полягає в тому, що, будучи кінцевим та кинутим на

¹ Інтерпретація гайдеггерівського поняття вини з точки зору його філософсько-правової актуальності здійснена А. Стовбою [16, с. 150–151].

самого себе у світі, воно «завжди стоїть у тій або іншій можливості» [3, с. 285], оскільки воно не здатне опанувати всі відкриті йому можливості буття.

Але у випадку насильницької смерті джерелом нездатності такого опанування виступає саме Інший. Не знімаючи з Dasein його висхідної «онтологічної провини», Інший постає як підвалина неможливості входження Dasein у можливості буття-у-світі і, через це, як винний щодо нього, як підвалина його «ніщійності». Тобто з екзистенціально-антропологічної точки зору основою ніщійності виявляється не лише саме Dasein у своєму кинутому екзистуванні і неможливості вибору всього горизонту можливостей, а й Інший, з яким Dasein є спів-присутнім у світі. Редукція можливостей («вада екзистенції») може відбуватися не лише через індивідуальний вибір, а й через екзистування Іншого, який відбирає можливості, підмінює їх, нівелює тощо. І ця редукція може бути розвинута до граничної точки, до повного «уніщойнення», яким є закриття самої можливості здійснювати можливості, тобто знищення екзистуючого Dasein.

4. Екзистенціально-антропологічна інтерпретація досвіду насильницької смерті й екзистенціальні джерела права

Здійснена екзистенціальна інтерпретація страху насильницької смерті як одного з онтичних модусів буття-до-смерті відкриває горизонт, в якому між феноменом права та екзистуванням Dasein вдається встановити зв'язок. Йдеться не про зв'язок між екзистенцією та позитивним, формалізованим правом, а про екзистенціальні джерела права, тобто про специфічний досвід людини, завдяки якому правова нормативність та правова інституціалізація отримують екзистенціальне підґрунтя та мотивацію. Ключовим у цьому зв'язку постає феномен загрози як потенційної редукції можливостей буття-у-світі, здійснюваної Іншим.

Як закриття горизонту можливостей буття-у-світі, насильницька смерть є граничною загрозою людському буттю, джерелом якої є Інший. Але розуміння можливості такого закриття вказує і на фундаментальну вразливість всіх внутрішньосвітових можливостей, на залежність їх здійснення від Інших. Тобто цей досвід розкриває весь горизонт загроз, який лежить «перед» головною загрозою, якою є насильницька смерть. Саме щодо фундаментальної загрози насильницької смерті стає зрозумілим місце інших загроз у рамках спільного людського буття. Якщо загроза насильницької смерті є закриттям горизонту можливостей як таких, інші загрози є редукціями тих чи інших внутрішньосвітових можливостей людини. Різноманітні форми редукції можливостей ранжуються відповідно до їх наближення чи віддалення щодо цієї граничної форми редукції. Будь-яка загроза, яку генерує Інший усередині світу, за формальним визначенням, є зазіханням на сферу людських можливостей, їх потенційним звуженням, закриттям, підміною, перешкоджанням реалізації, одним словом, редукцією можливостей того, кому загрожують.

Такий екзистенціально-антропологічний підхід до розуміння онтологічних джерел права, пов'язаний з кореляцією можливостей людського буття-у-світі та відповідних загроз, які походять зі спільного буття (від Інших), узгоджується з сучасним правознавчим поглядом на значення поняття «можливості» для правової теорії. Правознавці вказують на те, що у понятійному апараті правознав-

ства, так само, як і в позитивному праві, поняття «можливість» використовується набагато частіше, ніж поняття «реальність» [17, с. 181]. «У правовій сфері переважають в основному юридично закріплені можливості, а не реальності... Правові можливості — це свого роду сучасне, перенесене у майбутнє. Весь процес реалізації права є процесом здійснення закріплених у ньому можливостей» [17, с. 181]. Екзистенціально-антропологічний підхід додає до цього розуміння правової сфери як сфери впорядкування людських можливостей важливий момент: необхідність такого впорядкування пов'язана із загрозами, які генеруються у самому спільному бутті людей. Розуміння загроз як редукції можливостей буття-у-світі вмотивовує боротьбу за права та зумовлює правову структуру сфери людських можливостей.

Різний характер загроз визначається різним значенням внутрішньосвітових можливостей, які мають місце у спів-бутті та на які ці загрози зазіхають. Розбудовуючи філософію права на ґрунті фундаментальної онтології, В. Майхоффер конкретизував спів-буття через поняття «як-буття» (Alsein). Спільне буття з Іншим завжди «є» як буття продавця та покупця, орендаря та орендодавця, працівника та роботодавця тощо. У такому разі редукція сфери можливостей залежить від конкретного випадку як-буття та визначає його дефективний модус. Буття-основою вади у моєму Dasein «означає, що хтось, з ким є корелятивно пов'язаний у тих чи інших правовідносинах, існує так, що я у своїй присутності у відповідному модусі буття-як є збитим зі шляху, поставленим під удар або зломленим» [16, с. 151]. Тут відкривається поле для виявлення певної ієрархії загроз та відповідної їй ієрархії прав, що становить окреме і самостійне завдання. У контексті ж нашого дослідження важливо підкреслити формальну структуру самих загроз — редукцію сфери можливостей певної людини у спів-бутті, а також спільний сенс прав — захист від відповідних загроз. До самого поняття прав входить розуміння їх захисної функції [18, с. 8], а це означає, що їх конституювання відбувається у горизонті загроз.

Спируючись на розуміння феномену загрози як потенційної редукції сфери можливостей, джерелом якої є Інший, в екзистенціально-антропологічній перспективі право може бути окреслене як сфера структуризації горизонту внутрішньосвітових можливостей людини, які зачіпають спільне буття-у-світі. Така структуризація надає внутрішньосвітовим можливостям окремих Dasein «гарантованого» (правового) статусу, тобто захищає від загрози редукції, джерелом якої завжди можуть бути Інші. Будь-яка конкретна форма спів-буття є співвіднесеною з відповідною сферою можливостей корелятивних екзистенцій, яка визначає релевантні та, відповідно, й дефективні модуси комунікації та взаємодії. Як сфера структуризації можливостей право завжди є «сущим» (у розумінні фундаментальної онтології), конкретною формою якого є інституціалізована система правових правил.

Засадничий із точки зору онтології права характер права на життя полягає у тому, що воно вказує на радикалізовану форму специфічного досвіду спільного буття людей, завдяки якому взагалі уможливується такий феномен, як право. Право на життя ґрунтується на досвіді страху насильницької смерті, який, у свою чергу, висвічує онтологічні підвалини права тією мірою, якою розкриває весь спектр можливих загроз з боку Інших у світлі фундаментальної загрози втрати буття-у-світі як такого.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Харт Г. Л. А.* Понятие права / Г. Л. А. Харт. — СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. — 302 с.
2. *Ясперс К.* Философия / К. Ясперс. — М. : Канон+, 2012. — 448 с.
3. *Хайдеггер М.* Бытие и время / М. Хайдеггер. — М. : Ad Marginem, 1997. — 451 с.
4. *Гоббс Т.* Философские основания учения о гражданине / Т. Гоббс. — Мн. : Харвест, М. : АСТ, 2001. — 304 с.
5. *Strauss L.* The Political Philosophy of Hobbes / L. Strauss. — The University of Chicago Press, 1984. — 172 p.
6. *Локк Д.* Два трактата про врядування / Д. Локк. — К. : Основи, 2001. — 265 с.
7. *Тугендгат Е.* Спір про права людини / Е. Тугендгат // Філософія прав людини, К. : Ніка-Центр, 2012. — С. 48–58.
8. *Штраус Л.* Естественное право и история / Л. Штраус. — М. : Водолей, 2007. — 312 с.
9. *Гадамер Х.-Г.* Пути Хайдеггера : исследование позднего творчества / Х.-Г. Гадамер. — Мн. : Прописи, 2005. — 240 с.
10. *Сартр Ж.-П.* Экзистенциализм — это гуманизм / Ж.-П. Сартр // Сумерки богов. — М. : Политиздат, 1990. — С. 319–344.
11. *Хайдеггер М.* Письмо о гуманизме / М. Хайдеггер // Время и Бытие. — М. : Республика, 1993. — 447 — С. 192–220.
12. *Бимель В.* Мартин Хайдеггер / В. Бимель. — Челябинск : Урал LTD, 1998. — 283 с.
13. *Майхоффер В.* Право и бытие / В. Майхоффер // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — СПб. : Юрид. кн., 2009. — С. 186–258.
14. *Фуллер Л. Л.* Мораль права / Л. Л. Фуллер. — Киев : Сфера, 1999. — 232 с.
15. *Романовский Г. Б.* Гносеология права на жизнь / Г. Б. Романовский. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003.
16. *Стовба А. В.* Феномен права как фундаментально-онтологическая проблема правосудия / А. В. Стовба // Проблемы философии права. — 2008–2009. — Т. VI–VII. — С. 147–153.
17. *Баранов В. М.* О соотношении действительности и возможности в праве / В. М. Баранов, В. Б. Першин, И. В. Першина // Проблемы философии права. — 2004. — Т. 2. — С. 181–186.
18. *Харт Г. Л. А.* Существуют ли естественные права? / Г. Л. А. Харт // Philosophical Review. — 64 (1955). — P. 175–91 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://kant.narod.ru/hart.htm>.

Зимовець Р. В. Буття-до-смерті і право на життя. До питання про екзистенціальні джерела права

Анотація. У статті здійснене зіставлення двох розумінь досвіду смерті, представлених у філософії права та у філософії екзистенції. В обох традиціях досвід смерті виконує важливу нормативну функцію, щоправда, протилежну за своїм змістом. У філософії права головна увага приділяється феномену насильницької смерті як досвіду, якого людина апіорі намагається уникнути і який зумовлює пріоритетний характер права на життя. Для філософії екзистенції майбутня смерть постає як досвід, відкритість якому тільки й дозволяє людині стати індивідуальністю і реалізувати можливості власного буття.

У статті доводиться, що онтологічна інтерпретація досвіду насильницької смерті дозволяє описати його як один із модусів «буття-до-смерті» у сенсі екзистенціальної аналітики М. Гайдеггера, а також виявити його специфічні нормативні імплікації. Послідовне розкриття специфіки модусу насильницької смерті та його

нормативного потенціалу дає можливість поставити питання про екзистенціальні джерела права, які в загальних рисах визначають його регіональні особливості.

Ключові слова: права людини, право на життя, онтологія, екзистенція, страх смерті, буття-до-смерті, буття-у-світі, загроза.

Зимовец Р. В. Бытие-к-смерти и право на жизнь. К вопросу об экзистенциальных источниках права

Аннотация. В статье осуществлено сопоставление двух пониманий опыта смерти, представленных в философии права и в философии экзистенции. В обеих традициях опыт смерти выполняет важную нормативную функцию, противоположную по своему содержанию. В философии права основное внимание уделяется феномену насильственной смерти как опыту, которого человек априори стремится избежать и который обуславливает приоритетный характер права на жизнь. Для философии экзистенции будущая смерть предстает как опыт, открытость которому только и позволяет человеку стать индивидуальностью и реализовать возможности собственного бытия.

В статье доказывается, что онтологическая интерпретация опыта насильственной смерти позволяет описать его как один из модусов «бытия-к-смерти» в смысле экзистенциальной аналитики М. Хайдеггера, а также выявить его специфические нормативные импликации. Последовательное раскрытие специфики модуса насильственной смерти и его нормативного потенциала дает возможность поставить вопрос об экзистенциальных источниках права, которые в общих чертах определяют его региональные особенности.

Ключевые слова: права человека, право на жизнь, онтология, экзистенция, страх смерті, бытие-к-смерти, бытие-в-мире, угроза.

Zymovets R. Being-towards-Death and the Right to Life. Revisiting the Existential Sources of Law

Summary. The matching of two understandings of experience of the death, represented in philosophy of law and philosophy of existence is under consideration in given article. In both traditions, the experience of death plays an important normative role though that differs in meaning. Philosophy of law pays attention to the violent death as an experience which human being a priori tries to avoid. In such way this kind of experience stipulates right to life as a priority right. In philosophy of existence future death appears as the experience that allows man to form individuality and implement the possibilities of his/her own being in case when a person is open to such experience.

It is shown that ontological interpretation of the experience of violent death allows describing it as one of the modes of being-towards-death in the sense of existential analytics of M. Heidegger, as well as it reveals its normative implications. Consistent disclosure of the specifics of this modus and its normative potential give opportunity to put the question about existential sources of law, which define its regional peculiarities in general.

Key words: human rights, right to life, ontology, existence, fear of the death, being-towards-death, being-in-the-world, threat.

ПРАВО І ПРОЩЕННЯ



Н. САТОХІНА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

Прощення (пробачення) не належить до традиційних проблем філософії права, але завжди перебуває на горизонті будь-яких роздумів про право. Водночас питання, пов'язані з прощенням, які отримали глибоке осмислення у рамках релігійної традиції, а у ХХ ст. були поміщені й у соціально-політичний контекст¹, так і не стали предметом власне філософсько-правової рефлексії. Проблематизація прощення у праві насамперед пов'язана із суперечністю між прощенням (вини або боргу) і справедливістю. Однак зведення відношення між прощенням і правом до цієї опозиції здається все ж дещо спрощеним поглядом на проблему. Навпаки, тільки осмислення феноменів на кшталт прощення, які перебувають ніби на периферії (на межі?) правового, й здатне, імовірно, якнайкраще висвітлити межі права і спосіб його існування. Разом з тим надання прощенню правових смислів дозволяє поглибити розуміння самого концепту прощення через розкриття тих моментів, які у релігійному та політичному вимірах виявляються менш рельєфно. Маючи таку подвійну мету, звернемо спочатку до антропологічних передумов прощення (I), після чого окреслимо приблизну географію дилем, що розгортаються навколо прощення у політико-правовій сфері (II), і врешті-решт спробуємо уточнити місце прощення у правовій реальності (III).

I. «Універсальна потреба пам'яті»

Вимога прощення історично сформувалась як конкретизація вимоги неспричинення зла у відповідь на вчинене зло, широко представленої у стародавніх релігійно-етичних вченнях від даосизму до етики Арістотеля. Разом з тим сучасна мова прощення — це передусім мова авраамічних релігій (їудаїзм, християнство, іслам), які наділяють людину рівною з Богом здатністю прощати і постулюють зв'язок між відповідними божественною і людською здатностями: тільки якщо люди взаємні в актах прощення, вони можуть сподіватись і на прощення з боку Бога. Однак, ґрунтуючись на авраамічній традиції, у сучасному світі концепт прощення вже став складовою універсальної мови права, політики і дипломатії, що, на думку Жака Дерріда, є наслідком існування «універсальної потреби

¹ Щодо оформлення поняття «політичне прощення» у соціально-філософській думці ХХ ст. див. ґрунтовний аналіз Д. Томільцевої [1].

пам'яті» — потреби у поверненні до минулого, пригадуванні, самозвинуваченні, покаянні [2, с. 31].

Ханна Арендт — філософ вчинку і відповідальності за нього — вбачає глибинні антропологічні витоки цієї потреби в усвідомленні тендітності людських діянь і прагненні оволодіти часом, закрити минуле і відкрити майбутнє, звільнитись від умов незворотності — неможливості повернути те, що хтось зробив: «Без прощення, що позбавляє від наслідків того, що ми зробили, наша спроможність діяти обмежувалася б однією справою, якої ми ніколи б не позбулися; ми залишилися б жертвами її наслідків, подібно до учня чародійника, що забув магічну формулу, щоб відгадати чари» [3, с. 182]. Так, прощення виявляється умовою примирення не просто з Іншим, а передусім із власним минулим. Подібним чином для Емануеля Левінаса прощення робить час оберненим, на відміну від забуття, впливаючи на минуле. Воно відновлює «зв'язок часів», зберігаючи у сучасному минуле, однак не як минуле заподіяного зла, а як «прощене минуле», смисл якого змінився. Саме в цьому сенсі слід розуміти слова Левінаса про те, що «прощення конститує час» [4, с. 269].

Отже, існування людини у часі робить прощення необхідним і можливим. Подібне єднання часів у праві покладається на справедливість. Однак, чи здатна вона впоратись із цим надскладним завданням?

II. «Поважати таємницю прощення»

Політико-правового виміру проблема прощення набуває у ХХ ст. Відтоді воно розглядається як механізм примирення не тільки «одного з одним», а й «одного з багатьма» і «багатьох з багатьма», тобто отримує, крім міжособистісного, ще й політичне значення. Надзвичайно актуалізується цей дискурс у 1960-ті роки, коли виникло питання про можливу амністію деяких нацистських злочинців. Пізніше прощення проблематизується в контексті «відновлювального правосуддя» (*restorative justice*) або «правосуддя перехідного періоду» (*transitional justice*), найвідомішим прикладом якого є Комісія правди і примирення, що працювала в ПАР у 1996–1998 рр. і сприяла встановленню правди про злочини апартеїду, відновленню мирних відносин всередині країни та наданню амністії тим, хто розкався. Унікальність діяльності Комісії полягала в тому, що, маючи політичні цілі, вона, однак, «була представлена мовою прощення» [5, с. 158], що апелює до індивідуальної щирості.

Подібні практики інспірували низку дилем, які визначають сучасний світський дискурс прощення. Чи можна пробачити людину, яка не визнає своєї вини? Чи можуть ті, хто вижили, прощати від імені загиблих? Чи можна пробачити самого себе? Чи існує непростиме? Нарешті, чи можливі політика і право прощення? Вагомий внесок в осмислення цих питань зробили, серед інших, такі філософи, як Ханна Арендт, Жак Дерріда, Поль Рікьор, Володимир Янкелевич, Карл Ясперс [2; 3; 6; 7; 8; 9; 10; 11]. При цьому якщо Арендт вбачає виток здатності до прощення саме у плюральності (прощення повністю базується на присутності інших), а тому сферу здійснення цієї здатності вважає політичною, то Дерріда взагалі ставить під сумнів існування публічного еквіваленту прощення і вимагає від права й політики «поважати таємницю прощення» [2, с. 55]. Водночас Майкл Сендел не тільки вважає публічні вибачення за скоєні в минулому несправедливості невід'ємною складовою сучасної політики, а й включає їх до структури справедливості, й у такий спосіб виявляє правові

смисли прощення [12, с. 245–249]. Так чи інакше, зв'язок між правом і прощенням не можна звести ані до взаємної обумовленості, ані до протиставлення.

Прощення і право об'єднує те, що вони обидва протилежні помсті. І прощення, і покарання припиняють нескінченний ланцюг насильства. Арендт, Рікьор і Янкелевич послідовно проводять тезу про паралелізм між здатністю прощати і здатністю карати: не можна пробачити те, що не можна покарати, і навпаки. Найскладнішим у цьому сенсі є питання про існування непростимого, яке у другій половині ХХ ст. постало у контексті проблеми застосування строку давності до злочинів проти людяності (поняття, яке, за висловом Рікьора, завжди стоїть «на горизонті всієї геополітики прощення»). За Гегелем, прощенью підлягає все, крім злочину проти духу, тобто проти примиряючої здатності до прощення [13, с. 505–515]. Аналогічним чином Янкелевич стверджує, що не підлягають прощенью злочини проти людяності — проти того, що робить людину людиною — тобто проти здатності прощати як такої. Розмірковуючи про Голокост, Рікьор уточнює відношення між неможливістю застосування строку давності й неможливістю пробачити злочин: злочини проти людяності слід назвати такими, що не підлягають прощенью, вже тому, що це питання як таке недоречно ставити. Сама тяжкість цих злочинів суперечить принципу співрозмірності злочину і покарання, оскільки цей злочин ні з чим не співрозмірний; не існує рівнів нелюдськості, оскільки нелюдськість знаходиться поза рівнями. Неможливість справедливого покарання робить ці злочини фактично такими, що не підлягають прощенью [7, с. 652]. Натомість Дерріда виявляє парадокс, який полягає в тому, що лише непростиме і потребує прощення: тільки з того моменту, коли правосуддя стає неможливим, відкривається можливість для прощення [2, с. 37]¹.

На відміну від покарання, прощення має природу дару. У книзі «Любов і справедливість» Рікьор протиставляє логіку надлишку, притаманну дару, і логіку еквівалентності, властиву структурі справедливості з її зважуванням і встановленням рівноваги, навіть у застосуванні покарання [19, с. 82–104]. Притаманна прощенью структура дару відображена вже на рівні мови. У більшості сучасних мов слово «прощення» складається зі слова «дар» і посилюючого префікса: англ. «*gift*» — «*forgiveness*», фр. «*don*» — «*pardon*», ісп. «*don*» — «*perdón*», нім. «*Gabe*» — «*Vergebung*», укр. «дарувати» як синонім «прощати» також похідне від «дар». Прощення, як вказує посилюючий префікс, має структуру перевершення, виходить за рамки взаємності. Як вища форма дару, воно дозволяє уникнути точної вимірності провини та покарання. Воно робить неможливим підрахування боргу та розподільчу справедливість, яка створювала б пряму пропорцію між покаранням та провинною за правилом таліона [15, с. 464]. Подібним чином архаїчна модель дару, висвітлена Марселем Мосом у «Нарисі про дар» (1925) [16], передбачає принципову невичерпність боргу: під час свята з роздаванням подарунків у індіанців відбувається постійна циркуляція віддарунків, і це щоразу продукує новий борг. Аналогія з даром як обміном дозволяє включити до структури прощення такі елементи, як прохання про пробачення або покаяння, що символічно обмінюються на прощення. Це, зокрема, має на увазі Янкелевич, коли задає знамените питання: «Пробачення? А чи

¹ Детальніше щодо прощення в контексті злочинів проти людяності див. статтю К. Перрон-Мойзес [14].

коли-небудь вони просили нас про пробачення?» [10] Протилежну ідею відстоює Дерріда, підкреслюючи принципову асиметричність прощення, на відміну від будь-якої моделі обміну. На його думку, тільки абсолютне прощення, яке не підлягало б жодним підрахункам, відповідало б своєму власному поняттю: «Завжди, коли прощення слугує деякій доцільності, навіть якщо вона є високою і духовною (спокута, виправлення, примирення, спасіння), завжди, коли прощення сприяє відновленню нормального порядку (соціального, національного, політичного, психологічного), вдаючись до роботи скорботи, своєрідної терапії або екології пам'яті, — у цих випадках «прощення» і його концепт не бездоганні. Прощення не є і не має бути ані нормальним, ані нормативним, ані нормалізуючим. Воно має залишатись надзвичайним і виключним, бути досвідом неможливого, як ніби воно втручається у звичайний хід історії» [2, с. 55]. У цьому сенсі право або політика прощення виявляються неможливими, оскільки тут ми завжди маємо справу з розрахунком, або гіпотетичним імперативом. До того ж, суб'єктами прощення є винний і жертва. Якщо ж йдеться про третю сторону, наприклад суд, то можна говорити про амністію, застосування строку давності, примирення тощо — інститути, які лише створюють ілюзію прощення, але не про «чисте і безумовне прощення». Представник держави може судити, однак не прощати.

Строк давності застосовується із суто прагматичною метою. Він підкріплює підсумковий, остаточний характер вироку, припиняючи юридичну невідзначеність, яка уможлиблює подальші судові процеси. Інститут строку давності полягає у забороні брати до уваги кримінальні наслідки вчиненого діяння, тобто виконувати обов'язок здійснення кримінального переслідування. Сліди злочину не стерті, але доступ до них закритий. Амністія являє собою своєрідний вибірковий і конкретний строк давності, під дію якого підпадають окремі категорії злочинців. Метою амністії є примирення. Однак на відміну від строку давності, вона являє собою абсолютне забуття (про що свідчить також семантичний зв'язок між словами «амністія» та «амнезія») і намагається повністю стерти психологічні та соціальні сліди злочину, ніби нічого не сталося, що значно віддаляє її від прощення, яке передбачає складну роботу пам'яті. Єдиним правовим інститутом, який міг би служити прикладом «чистого прощення», є право помилування — право голови держави пом'якшити або скасувати покарання, призначене злочинцю. Цей виключний привілей верховного правителя був легітимований як проєкція Божої милості і підтверджувався обрядом помазання. Кант називає право помилування злочинця найсуперечливішим з усіх прав суверена: «воно доводить блиск його величі і водночас призводить значною мірою до несправедливості». Відповідно, — додає він, — суверен може застосовувати це право лише у випадку спричинення шкоди йому самому, але і тут тільки за умови, що безкарність не створить загрозу безпеці народу. У будь-якому іншому випадку йтиметься про несправедливість [17, с. 375–376]. Фактично, єдиним випадком, коли правитель може помилувати злочинця, є непростимий злочин за логікою Гегеля — злочин проти здатності прощати, що нею наділений виключно суверен. Право на помилування по суті призупиняє право. Йдеться, таким чином, про «право поза правом» (Дерріда) [2, с. 46].

III. «Інкогніто прощення»

Отже, на рівні правових інститутів можна виявити або справедливість без прощення, або прощення як анти-справедливість, що протиставляє логіці еквівалентності логіку надлишку. Разом з тим сама ідея еквіваленту має досить обмежену сферу застосування. Еквівалент — це встановлена досвідом рівновага між двома сторонами, умова, за якою кожен отримує своє і ніхто не залишається у програвші. Еквівалент тісно пов'язаний з ідеєю справедливості, що врівноважує, або справедливості обміну, яка виявляється, наприклад, у договірних, трудових відносинах, відносинах із відшкодування шкоди. Саме можливість встановлення еквіваленту у відносинах обміну робить можливим примирення позивача і відповідача у цивільному спорі, де йдеться про порівнювані, відповідні претензії і де порушений порядок співіснування може бути відновлений шляхом еквівалентного обміну, відкриваючи таким чином можливість для примирення. Зовсім іншу природу мають випадки спричинення непоправної шкоди, де йдеться вже про справедливість розподільчу, зокрема каральну. Правосуддя у таких випадках здатне лише поставити крапку в суперечці, припинити насильство. У зв'язку з відсутністю еквіваленту, відповідного порушеним правам, примирення тут опосередковане не тільки винесенням вироку, а й моральним актом прощення, сенс якого полягає у звільненні людини від провини задля відновлення чи встановлення відносин. Таким чином, прощення є передумовою примирення, здатною заповнити лакуни у розподільчій справедливості. Однак, якщо для уникнення безкарності правосуддя має відбутися, то прощення змогло б знайти застосування лише в діях, що не підлягають інституціалізації. За визначенням Рікбора, ці дії, ніби створюючи інкогніто прощення, відображають непорушність поваги, якої заслуговує кожна людина, у тому числі і винний [7, с. 633].

Роль прощення у праві як механізму примирення цілком відповідає давньогрецькому розумінню прощення, проте, є несумісною з концепцією прощення, котра існує в латинській мові. Моральні й політичні мотиви цих двох моделей прощення істотно розрізняються. Латинською «прощати» звучить як «*ignoscere*» — дієслово, що утворилося за допомогою негативного префіксу до «*noscere*» — «пізнавати». Прощення тут базується на незнанні або відмові від знання. У такому значенні вживає це слово Сенека у трактаті «Про стійкість мудреця», коли говорить про здатність не помічати образи, у якій виявляється велич духу мудреця. Грецьке ж «*συγγνώσκειν*» являє собою розділене знання і дослівно означає «знати разом з», «мати усвідомлення чогось», «визнавати» і, нарешті, «прощати». Грек прощає, коли розуміє ціле, враховуючи резони іншого, що є, швидше, інтелектуальним актом, а не співчуттям. У такому значенні це слово вживає Арістотель, коли у «Нікомаховій етиці» відносить прощення до інтелектуальних чеснот людини [15]. В українській мові існує синонімічний ряд, який відсилає до всіх згаданих концепцій: «вибачати», «пробачати», «прощати», «дарувати» [18]. У разі прощення-забуття — негативному аспекті прощення — йдеться фактично про одностороннє утримання від дій у відповідь, тобто покарання або переслідування. Така стриманість може виражатися в ігноруванні: з досвіду взаємин між людьми виключається сам факт образи або ж припиняються усілякі відносини між ними. Якщо в негативному аспекті прощення встановлення соціальних зв'язків не відбувається, то у своєму позитивному аспекті прощення являє собою досвід конструювання спільності. Другий аспект прощення — прощення-розуміння — передбачає звільнення від провини в обмін на згоду виправити негативні

наслідки проступку або просто в обмін на прохання про прощення, тобто мова йде про відновлення чи встановлення відносин. Через цей обмін людина, яка вчинила злочин, повертається в соціум, звідки вона була виключена своєю дією. Тут має місце зовсім інша, горизонтальна залежність, де сторони виступають рівнозначними учасниками спільного правового простору. Прощення-розуміння набуває чинності в горизонтальній площині «з», що відповідає не богословському, а юридичному виміру прощення. Однак виявити себе воно може тільки за рамками правових інститутів, де і здійснюється право у всій своїй повноті та буттєвій завершеності, у пункті примирення, де право виконує своє призначення. Суд не уповноважений прощати, однак покликаний максимально відкрити можливості для прощення і примирення сторін, відновити суспільні та міжособистісні зв'язки і відносини, збалансувати інтереси жертви і спільноти з необхідністю реінтеграції правопорушника в соціум, оскільки етичний намір мирного співіснування вищий за будь-яку іншу мету покарання.

XX ст. із «непростимим», що перевершило будь-які можливі покарання і проти якого правосуддя виявилось безсилим, переконливо продемонструвало не тільки обмеженість права як механізму забезпечення мирного співіснування людей, а й неможливість інституціалізації прощення, яке, втім, залишається позаінституційним горизонтом права, хоча говорити про нього можна лише в модусі бажаності. Словами Рікьора, жести прощення «не можна перевести в інституційну форму, однак вони, висвітлюючи межі еквівалентної справедливості і відкриваючи простір надії на горизонті політики і права у постнаціональному і міжнародному плані, надсилають життєдайні хвилі, які приховано, кружними шляхами сприяють просуванню історії до мирного стану» [8, с. 231].

Таким чином, спроба віднайти місце прощення у правовій реальності висвітлює динамічну природу права, яке у своєму здійсненні орієнтоване в напрямі миру – утопії права, яка, втім, «вкорінена в сутності права і становить його основу» (Рікьор). Тому й прощення парадоксальним чином виявляється складовою цієї утопії: хоча політика та право прощення і є неможливими, воно «спрямовує еволюцію права», «воно єдине здатне надихати тут, зараз, коли це необхідно» (Дерріда). У свою чергу, правовий контекст дозволяє повною мірою розкрити горизонтальний вимір прощення як розділеного знання, який, на відміну від богословської вертикальної концепції прощення-забуття, орієнтований на конструювання взаємності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Томильцева Д.* Прощение: социально-политическая эволюция проблемы в XX в. / Д. Томильцева // *Философия и общество*. – 2012. – № 3. – С. 104–120.
2. *Derrida J.* On Cosmopolitanism and Forgiveness (Thinking in Action) / J. Derrida. – London, New York : Routledge, 2001. – 60 p.
3. *Арендт Г.* Становище людини / Г. Арендт. – Львів : Літопис, 1999. – 255 с.
4. *Левинас Э.* Тотальность и Бесконечное / Э. Левинас // *Избранное*. – М. ; СПб. : Унив. кн., 2000. – С. 66–291.
5. *Griswold C.* Forgiveness. A Philosophical Exploration / C. Griswold. – Cambridge : Cambridge University Press, 2007. – 270 p.
6. *Арендт Х.* Истоки тоталитаризма / Х. Арендт. – М. : ЦентрКом, 1996. – 672 с.
7. *Рикёр П.* Память, история, забвение / П. Рикёр. – М. : Изд-во гуманит. лит., 2004. – 728 с.
8. *Рикёр П.* Путь признания. Три очерка / П. Рикёр. – М. : Рос. полит. энцикл., 2010. – 268 с.

9. Янкелевич В. Прощение / В. Янкелевич // Ирония. Прощение. — М. : Республика, 2004. — С. 141–298.
10. Jankélévitch V. L'Imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité / V. Jankélévitch. — Seuil, 1996. — 103 p.
11. Ясперс К. Вопрос о виновности. О политической ответственности Германии / К. Ясперс. — М. : Прогресс, 1999. — 146 с.
12. Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? / М. Сэндел. — М. : Манн, Иванов и Фербер, 2013. — 352 с.
13. Гегель Г. В. Ф. Феноменология духа / Г. В. Ф. Гегель. — М. : Академ. Проект, 2008. — 767 с.
14. Perrone-Moisés C. Forgiveness and Crimes against Humanity: a dialogue between Hannah Arendt and Jacques Derrida / C. Perrone-Moisés [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://hannaharendt.net/research/perroneII.html>.
15. Кассен Б. Пробачати / Б. Кассен // Європейський словник філософії: Лексикон неперекладностей. — К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2009. — Т. 1. — С. 464–467.
16. Мосс М. Очерк о даре. Форма и основание обмена в архаических обществах / М. Мосс // Общества. Обмен. Личность : Тр. по социал. антропологии. — М. : Вост. лит., РАН, 1996. — С. 83–222.
17. Кант И. Метафизика нравов / И. Кант // Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. — СПб. : Наука, 2007. — С. 259–505.
18. Словник української мови : в 11 т. / за ред. І. К. Білодіда ; АН УРСР. Ін-т мовознавства. — К. : Наук. думка, 1970–1980.
19. Рікер П. Інтелектуальна автобіографія. Любов і справедливість / П. Рікер. — К. : Дух і літера, 2012. — 114 с.

Сатохіна Н. І. Право і прощення

Анотація. Стаття являє собою спробу виявити характер зв'язку між правом і прощенням у три етапи. Спершу висвітлено антропологічні передумови прощення як універсальної потреби пам'яті. На другому кроці окреслено географію дилем, що розгортаються навколо прощення у політико-правовій сфері. Зокрема, розглянуто проблему непростимого, проаналізовано інститути строку давності, амністії та помилування, а також феномен відновлювального правосуддя. Насамкінець розкрито значення прощення як позаінституційного горизонту права.

Ключові слова: прощення, непростиме, правосуддя, примирення, позаінституційний вимір права.

Сатохіна Н. И. Право и прощение

Аннотация. Статья представляет собой попытку выявить характер связи между правом и прощением в три этапа. Сначала освещены антропологические предпосылки прощения как универсальной потребности памяти. На втором этапе обозначена география дилемм, которые разворачиваются вокруг прощения в политико-правовой сфере. В частности, рассмотрена проблема непростительного, проанализированы институты срока давности, амнистии и помилования, а также феномен восстановительного правосудия. Наконец раскрыто значение прощения как внеинституционального горизонта права.

Ключевые слова: прощение, непростительное, правосудие, примирение, внеинституциональное измерение права.

Satokhina N. Law and Forgiveness

Summary. An attempt to identify the nature of the relationship between law and forgiveness in three stages is made in the article. At first, the anthropological presuppositions of forgiveness as universal requirements of memory are highlighted. Secondly, it is mentioned the geography of dilemmas which revolve around the forgiveness in the political and legal spheres. In particular, the problem of the unforgivable, the institutions of the period of prescription, amnesty and the grant of pardon, as well as the phenomenon of restorative justice are analyzed. Finally the value of forgiveness as a non-institutional horizon of law is established.

Key words: forgiveness, unforgivable, justice, reconciliation, non-institutional dimension of law.

СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ПРИНЦИП ПРАВА: ОСНОВНІ АСПЕКТИ



С. ПОГРЕБНЯК
*доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

Справедливість від Античності до сьогодення розглядається як провідна ідея, обов'язковий елемент права¹. Вона є вирішальною у визначенні права як регулятора суспільних відносин, одним із його загальнолюдських вимірів. Вона найбільш яскраво виражає дух права, забезпечує його змістовну легітиміацію, визначає розуміння «правильного» і «неправильного», є дороговказом при встановленні межі між дозволеним і недозволеним у суспільних відносинах. Тому справедливість слід визнавати основоположним принципом права.

З'ясування того, як ідея справедливості втілюється у праві, доцільно проводити через дослідження питання про імплементацію у правову реальність окремих аспектів справедливості.

Об'єктивна і суб'єктивна справедливість

1. *Об'єктивна, або інституційна, справедливість* є реалізацією ідеї справедливості в певних соціальних інститутах (економіці, освіті, сім'ї тощо). У випадку реалізації ідеї об'єктивної (інституційної) справедливості в таких соціальних інститутах, як право і держава, об'єктивна справедливість набуває характеру *політичної* [2, с. 41].

Інституційну справедливість досить часто іменують *соціальною*. Слід зазначити, що в сучасній науці ведуться дискусії з приводу визначення змісту цього поняття. Так, сьогодні соціальну справедливість розглядають у кількох значеннях.

¹ Невипадково, за поширеною версією термін «*ius*» (право) походить від «*ius*titia» (правосуддя, справедливість). Як зазначається в Титулі I Дигестів Юстиніана, «беручись до вивчення права, слід насамперед поцікавитися, звідки виникло слово “право”». На думку Ульпіана, право дістало свою назву від справедливості (*est [ius] autem a iustitia appellatum*), оскільки, за чудовим визначенням Цельса, «право є мистецтвом про добре і справедливе» (*ius est ars boni et aequi*) [1, с. 82–83].

У широкому (неспеціальному) значенні прикметник «соціальний» лише вказує на те, що мова йде про щось громадське. Тому соціальною можна вважати або справедливість, що стосується основної структури суспільства (саме так розумів соціальну справедливість Дж. Ролз [3, с. 31]), або взагалі будь-яку справедливість, що реалізується в суспільних інституціях та практиках. У християнській соціальній етиці соціальна справедливість пов'язується зі спільним благом суспільства і здійсненням влади, розглядається як засіб, що дозволяє об'єднанням і окремим особам отримувати те, на що вони мають право (ч. III, розд. I, гл. 2, п. 401 Компендіуму Катехізису Католицької церкви [4, с. 130]).

У вузькому (спеціальному) значенні соціальна справедливість має справу з так званим «соціальним питанням» (безробіттям, соціальним захистом, бідністю тощо) [2, с. 125–126, 128] або стосується проблеми соціально-економічного розподілу [5]. У цьому спеціальному значенні вона асоціюється із соціальною державою, що має забезпечити кожному існування, гідне людини.

На нашу думку, термін «соціальна справедливість» доцільно використовувати у вузькому значенні (оскільки у разі широкого розуміння будь-яка справедливість може бути визначена як соціальна). Вважаємо, що проблема соціальної справедливості може бути зведена до вирішення другого питання в теорії Дж. Ролза — визначення змісту принципу диференціації [3, с. 414], тобто до проблеми вирішення (упорядкування) соціальних й економічних нерівностей.

2. *Суб'єктивна, або особиста, справедливість* означає добropорядність людини, яка добровільно й постійно виконує вимоги інституційної справедливості [2, с. 41]; це склад мислення, що спрямований на досягнення об'єктивної справедливості [6, с. 42]. Справедлива особа у своїх діях керується ідеями об'єктивної (інституційної) справедливості навіть тоді, коли позитивне право має прогалини, суперечності та інші недоліки або залишає той чи інший момент на власний розсуд суб'єкта права. На думку О. Гьофе, вимоги особистої справедливості як моральної чесноти влучно охоплюються відомою формулою Ульпіана щодо трьох основних приписів права: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* — чесно жити, не завдавати шкоди іншому, віддавати кожному належне (Дигести, 1.1.10.1) [2, с. 71].

Зрозуміло, що суспільство зацікавлене в особистій справедливості як приватної, так і посадової особи. Особиста справедливість громадян, поза всяким сумнівом, підтримує ефективне функціонування правової системи, заважає перетворенню правопорядку на безправ'я.

Проте більш принциповим є додержання вимоги особистої справедливості з боку «адміністраторів» правової системи. Як підкреслював Ф. Бекон, один несправедливий вирок спричиняє більше біди, ніж багато злочинів, скоєних приватними особами; останні шкодять лише струмкам, тоді як несправедливий суддя псує саме джерело [7, с. 473]. Р. Ієринг наголошував, що жодна несправедливість, яку вимушена перенести людина, якою б тяжкою вона не була, не може зрівнятися з тією, яку здійснює поставлена Богом влада, коли вона сама порушує право. На його думку, «вбивство юстиції» є справжнім смертним гріхом права. Охоронець і вартовий закону перетворюється в його вбивцю: це — лікар, який отрує хворого, піклувальник, який душить того, ким опікується [8, с. 63–64]. За слушним зауваженням В. Речицького, несправедливість, вчинена від імені права, збуджує людей значно сильніше, ніж несправедливість, вчи-

нена від імені окремої особи. Саме звідси ця майже нелюдська вимогливість до тих, хто застосовує право, — суддів, сенаторів, президентів [9, с. 11].

Загальна й індивідуальна справедливість

Подібне розрізнення бере свій початок ще у Арістотеля, який розрізняв загальну справедливість (*justitia universalis*) і спеціальну (окрему) справедливість (*justitia particularis*) (з цього приводу див.: [10, с. 87–91]).

У літературі існують два пояснення цього арістотелівського розрізнення. Відповідно до першого пояснення відмінність полягає в рівні нормативної конкретизації: загальна справедливість як етико-філософська категорія відповідає на питання про призначення і сенс спільного, об'єднаного, соціально упорядкованого існування в суспільстві та державі, тоді як спеціальна (окрема) справедливість є етико-юридичною категорією, морально санкціонованою співмірністю в розподілі благ і їх взаємному обміні й відплаті за прояв суб'єктами тих чи інших рис у суспільстві [11, с. 391–392]. Відповідно до другого пояснення розрізнення відбувається не лише за рівнем нормативної конкретизації, а й за ступенем аксіологічної загальності. Якщо загальна справедливість є повною чеснотою, яка об'єднує в собі всі ціннісні засади соціального життя і розглядається як своєрідний еквівалент поняття «суспільне благо», то спеціальна (окрема) справедливість ототожнюється з чесністю і являє собою вже не загальний баланс цінностей, а лише одну з цінностей, яку суспільство може реалізовувати поряд з іншими (безпекою, свободою, ефективністю тощо) [12, с. 197–199].

На наш погляд, для права важливе значення може мати інший підхід до протиставлення загальної й індивідуальної справедливості, який знайшов своє найяскравіше віддзеркалення в англійському праві. Останнє проводить розрізнення між *загальною справедливістю (justice)*, яке досягається за допомогою *загального права (common law)*, що наголошує на послідовності у розгляді аналогічних справ, і *індивідуальною справедливістю (equity)*, яка націлена на належний результат за конкретною справою, не беручи до уваги інші справи, виправлення недоліків букви за допомогою духу права (право справедливості).

Формальна, змістовна і процедурна справедливість

Після появи «Теорії справедливості» Дж. Ролза (1971) у філософських дослідженнях на цю тему звичайно проводиться виокремлення формальної, змістовної і процедурної справедливості.

1. Основна ідея *формальної справедливості* — до однакового слід ставитись однаково¹. Коректного загального правила, як його визначено інституціями, влада постійно дотримується і належним чином його інтерпретує. Вважається, що сучасна розробка ідеї формальної справедливості здійснена Х. Перельманом, який з її допомогою прагнув знайти спільний елемент у безлічі різних концепцій справедливості (викладення його поглядів див.: [15, с. 52–57]). У цьому виді справедливості (справедливості як правильності) акцент зроблено на безсторонності й послідовності при застосуванні правил, тоді як питання про визначальні (сутнісні) принципи цих правил залишено поза увагою [3, с. 99].

¹ П. Рікер (див. [13, с. 99]) розглядає справедливість як формально подане «Золоте правило» («І як бажаєте, щоб вам люди чинили, так само чиніть їм і ви» (Лк., 6, 31)). У свою чергу саме «Золоте правило» обґрунтовано визначається як загальнолюдська спадщина [14, с. 76].

Водночас О. Гюфе наголошує на тому, що безсторонність має два ступені: першим ступенем є безсторонність застосування правила, а другим — є безсторонність установлення, прийняття правила [16, с. 22]. Отже, слід пам'ятати, що формальна справедливість означає необхідність безсторонності не лише при застосуванні, а й при виробленні правил [17, с. 6]. Її мінімальною умовою є заборона на свавілля [16, с. 21].

Зрозуміло, що формальна справедливість імпліцитно присутня в самому понятті права, яке за своєю природою є нормативним явищем. Завдяки цій характеристиці право фактично виконує роль третьої, незацікавленої особи, яка вирішує конфлікти, що виникають між людьми [14, с. 71]. Важливим засобом забезпечення формальної справедливості виступають основні джерела права. Так, загальний характер має нормативно-правовий акт, і це само по собі вже є гарантією проти свавілля, оскільки завдяки цій властивості нормативно-правовий акт зазвичай не створюється на користь або проти конкретної особи. Досягненню формальної справедливості сприяє також інше поширене джерело права — прецедент. Нагадаємо, що доктрина прецеденту ґрунтується на принципі *stare decisis* («стояти на вирішеному»), згідно з яким суди не можуть переглядати прецеденти за своїм розсудом. Судді дотримуються принципу *stare decisis* не стільки під загрозою санкцій (звільнення з посади), скільки для того, щоб судова практика досягла високого ступеня єдності. Цей принцип відображає загальне правило, що «панує право, а не примха», тобто закон за однакових обставин має застосовуватися однаково, що зміцнює авторитет суддів як безсторонніх слуг правосуддя [18, с. 33].

Як підкреслює Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, справедливе застосування норм права є передусім недискримінаційний підхід, неупередженість [19]. Як відомо, безсторонність (неупередженість) вимагає розгляду спірних випадків, незважаючи на особу. Це стрижнева засада будь-якого судочинства. Саме з цього і випливає образ Феміди (богині справедливості) із зав'язаними очима. Це дозволяє характеризувати суддю як третю (незацікавлену) особу в другому ступені [20, с. 17]¹. Вимога однакового ставлення лежить в основі іншого важливого принципу судочинства і здійснення адміністративних процедур — *audi alteram partem* (кожна сторона повинна мати право бути вислуханою).

У свою чергу, послідовність у застосуванні проголошених правил створює передбачуваність і означає заперечення сваволі при виведенні конкретного права у кожному окремому випадку. Ця ідея перекликається з влучним висловом Ульпіана (Дигести, 1.1.10 pr.): «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» (справедливість — це незмінне і постійне прагнення надати кожному належне йому право) [1, с. 86–87], в якому в цьому випадку акцентується на непорушності й постійності як відправних точках передбачуваності [21, с. 553].

«Формальна справедливість у правових інституціях, — слушно зауважує Дж. Ролз, — це просто один з аспектів правління закону, яким підтримуються і забезпечуються законні сподівання» [3, с. 100]. Одним із його порушень є неспроможність суддів та інших представників влади при вирішенні претензій

¹ Нагадаємо, що третьою (незацікавленою) особою в першому ступені є саме право.

триматися належних правил чи їх інтерпретацій. Інакше кажучи, ми можемо побачити, що ідея формальної справедливості лежить в основі формального аспекту принципу верховенства права.

Ідея формальної справедливості яскраво виявляється в юридичній мові, яка зазвичай демонструє всі ознаки риторики безособовості й нейтральності. Більшість лінгвістичних прийомів, що використовуються в юридичній мові, спрямовані на створення ефектів нейтралізації й універсалізації. Так, на думку П. Бурдьє, ефект нейтралізації виникає завдяки таким синтаксичним особливостям, як переважання пасивних конструкцій та безособових зворотів, здатних передати безособовість нормативного вислову і представити того, хто промовляє, як універсального суб'єкта, безстороннього й об'єктивного. «Ефект універсалізації, — пояснює французький соціолог, — досягається за допомогою різних прийомів: систематичне використання дійсного способу при формулюванні норм, вживання дієслів у значенні констатації в третій особі однини теперішнього чи доконаного виду минулого часу (“приймає”, “визнає”, “заявив” тощо), яке притаманне риторичі офіційного констатування і протоколу; використання неозначених займенників (“кожний засуджений...”) і позачасового сьогодення (чи майбутнього юридичного), які покликані передати загальний і позачасовий характер закону; посилення на трансуб'єктивні цінності, що передбачають наявність етичного консенсусу (наприклад, “як гарний батько сімейства”); застосування лапідарних формул та сталих висловів, які не залишають простору для індивідуальних варіацій» [22, с. 82].

На нашу думку, саме стандарти формальної справедливості є тими *мінімальними вимогами справедливості*, яким має відповідати певний соціальний регулятор, щоб узагалі вважатися правом. Приблизно в такому ж напрямі мислив Г. Харт, який підкреслював, що мінімум справедливості обов'язково здійснюється скрізь, де людська поведінка регулюється публічно проголошеними та застосовуваними в судовому порядку загальними правилами [23, с. 203]. Додержання цих стандартів є своєрідним критерієм, що визначатиме межу між правом і не-правом. Коли соціальний регулятор переступає цю межу, він одразу перестає існувати як право взагалі. Інакше кажучи, право не просто поступово згасає, а йде, грюкнувши дверима [24, с. 186].

Ідея формальної справедливості у правовій сфері втілюється в принципі формальної рівності, що конкретизується у вимогах рівності перед законом, рівності перед судом, рівності прав, свобод і обов'язків людини і громадянина. Як підкреслює Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, у рівному юридичному масштабі поведінки [19]. Невипадково, що для римлян, що визначали справедливість як рівність, символом (атрибутом) юстиції стали терези [25, с. 110].

2. *Змістовну справедливість* слід розуміти як додержання певних принципів, за допомогою яких можна з'ясувати, що ж конкретно належить кожному як учаснику суспільних відносин. Тут ми маємо згадати позицію Арістотеля, який підкреслював, що забезпечення справедливості — це досягнення належного (рівномірного) для учасників відносин обміну і розподілу. Якщо формальна справедливість асоціюється з принципом формальної рівності, то *справедливість змістовна втілюється в принципі пропорційності, або розмірності*.

Ідея пропорційності також знайшла своє відображення у вислові Ульпіана (Дигести, 1.1.10 пр.), що наводився вище для ілюстрації ідеї послідовності. Проте якщо справедливість як послідовність розкривається через непорушне і постійно незмінне прагнення, то пропорційність – через вимогу віддати кожному йому належне. Символом пропорційності також можуть бути терези Феміди, які в даному контексті відповідають за точність відповідних вимірювань [2, с. 13]. Конституційний Суд України теж визнає принцип розмірності (пропорційності) елементом ідеї права та ідеології справедливості (див. рішення від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності [26]).

Змістовна справедливість вимагає, зокрема, пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню (тому покарання має перебувати у справедливому співвідношенні із тяжкістю та обставинами скоєного й особою винного), встановлення і диференціювання публічно-правових обмежень залежно від конкретних обставин, що обумовлюють їх запровадження. Так, на думку Конституційного Суду України, розмір податкової застави виходячи із загальних принципів права повинен відповідати сумі податкового зобов'язання, що забезпечувало б конституційну вимогу справедливості та розмірності (див. рішення від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу [27]). У рішенні від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності Конституційний Суд України зазначає, що обмеження прав кредиторів суб'єктів господарювання в комунальному секторі економіки на задоволення своїх вимог у провадженні у справах про банкрутство має бути розмірним (пропорційним), тобто визначеним відповідно до встановлених принципів справедливості. Для з'ясування розмірності (пропорційності) такого обмеження суд пропонує враховувати призначення інституту комунальної власності та дійсну суспільну необхідність у функціонуванні суб'єктів господарювання, заснованих на цій формі власності [26].

Пропорційність *у сфері обміну* реалізується як *еквівалентність*. Еквівалент – це встановлена досвідом рівновага між двома сторонами, умова, за якою кожен отримує своє і ніхто не залишається у програші [28, с. 179]. Отже, еквівалент є здійсненням ідеї справедливості у відносинах рівних партнерів і тісно пов'язаний з концепцією *зрівняльної справедливості (justitia commutativa)*. Зазначимо, що в сучасному суспільстві ця форма справедливості виявляється, наприклад, у таких сферах, як договірні відносини (вона втілюється насамперед у концепції справедливої ціни), трудові відносини (де діють концепції справедливих умов праці й справедливої винагороди), відносини з відшкодування шкоди (за загальним правилом завдані збитки відшкодовуються в повному обсязі). Зазвичай обмін є справедливим за умови, що він є вільним і взаємовигідним (еквівалентним). Слід погодитись із тим, що зрівняльна справедливість є справедливістю приватного права [29, с. 156].

Традиційно найскладніше розкрити зміст пропорційності *у сфері розподілу*. Зрозуміло, що за це питання відповідає концепція *розподільної справедливості (justitia distributiva)*. Як відомо, розподільна справедливість урегульовує відносини між окремими індивідами та суспільними утвореннями. Її мета – зробити кожному окрему людину причетною до спільного блага шляхом його справедливого розподілу. Тому розподільній справедливості притаманна вирішальна роль у державному і громадському житті, оскільки саме пропорційної

рівності звичайно прагнуть при зміні доходів, при покараннях, а також при розподілі соціального й інших видів забезпечення [30, с. 323]. Принцип справедливості соціального розподілу допомагає найбільш переконливому обґрунтуванню та конституюванню ідеї соціальних прав людини [31, с. 130]. Природно, що розподільна справедливість є справедливістю публічного права [29, с. 156]. Спотворений образ дистрибутивної справедливості — це корупція будь-якого виду, сприяння певним людям чи групам або їх утискування [32, с. 80].

Слід зазначити, що в юридичних джерелах цей аспект справедливості звичайно описують украй невиразно. Наприклад, Р. Циппеліус підкреслює, що право має регулювати людську поведінку в такий спосіб, який потрібен для того, аби вигоди (цінності, переваги) та обтяження (витрати, зобов'язання) були розподілені справедливо; суперечливі інтереси були задоволені в порядку, відповідно до їх ваги і значущості; ті, хто чинить карані діяння, отримували за них належну відплату, — одне слово, аби при вирішенні конфліктів, що виникають у суспільстві, панувала справедливість [33, с. 20].

Така ситуація не є дивною. Адже концепція справедливості не пропонує нам загальновизнаних змістовних принципів розподілу. Перефразуючи Р. Нозіка, можна констатувати, що прогалини в формулах «кожному за його _____» та «від кожного за його _____» і дотепер не заповнені [34, с. 205]. Наприклад, при розподілі, що ставить на меті забезпечення (досягнення) пропорційності, можуть використовуватися такі найбільш відомі історії принципи справедливості, як: кожному — одне і те ж; кожному — по заслугі; кожному — за його працю; кожному — за потребою; кожному — за рангом; кожному — те, що належить за законом [15, с. 49–57].

Як правило, саме баченням змістовних принципів справедливого розподілу насамперед і відрізняється більшість сучасних теорій справедливості (ідеться, зокрема, про ліберальні, лібертарні, комунітаристські, постмодерністські, феміністичні концепції).

Зрозуміло, що цей ідеологічний плюралізм залишає відкритим питання про те, які саме принципи справедливого розподілу мають бути втілені в праві. Для вирішення питань справедливості при їх закріпленні у праві слід, по-перше, шукати якомога ширшу міжсуб'єктну основу, а саме — правосвідомість якнайширшого кола осіб і засновані на цій правосвідомості, знову ж таки підтримувані більшістю, уявлення про справедливе. Потенційно ж консенсуальні уявлення суспільства про справедливість будуються на основі керованої здоровим глуздом совісті звичайної людини [33, с. 9, 28–29]. З метою забезпечення рівного допуску до прийняття рішень щодо принципів справедливого розподілу за громадянами мають бути визнані рівні політичні права участі («*status activus*»).

По-друге, необхідно враховувати статус України як соціальної держави. На думку Конституційного Суду України, яка викладена в рішенні від 17 березня 2005 р. № 1-рп/2005 у справі про надання допомоги по тимчасовій непрацездатності, цей статус зобов'язує державу відповідним чином регулювати економічні процеси, встановлювати і застосовувати справедливі й ефективні форми перерозподілу суспільного доходу з метою забезпечення добробуту всіх громадян [35].

По-третє, слід взяти до уваги феномен так званої «локальної справедливості», який передбачає існування в різних сферах різних критеріїв справедливості.

Демонструючи роботу локальної справедливості, Ю. Ельстер перелічує критерії, які найчастіше використовуються при розподілі різних благ: абсолютна рівність, лотерея, черга і стаж, статус, індивідуальний добробут, продуктивність, внесок, соціальна значимість, ефективний попит та ін. [36, с. 137–139]. Причому ці критерії визначаються як специфікою ресурсу, що підлягає розподілу, так і особливостями самої сфери розподілу (так, очевидно, що розподіл ресурсів у сферах охорони здоров'я, освіти, праці може ґрунтуватися на різних змістовних принципах) [17, с. 189]. Крім того, вибір визначається близькістю відносин.

Водночас слід пам'ятати, що процес правоутворення не є суто дедуктивним процесом конкретизації справедливості, це різноспрямований дедуктивно-індуктивний процес. Законодавець приймає закон на основі ціннісного рішення, в якому переплетені вимоги справедливості й доцільності (таку взаємодію можна проілюструвати на прикладі законодавства про оподаткування, коли підлягають вирішенню питання про види податків, що справляються, їх суб'єктів, бази оподаткування, ставки податків тощо). Саме рівнодіюча принципів справедливості та фактичних умов, що визначають можливість реалізації справедливості в цих історичних умовах, і формує зміст позитивного права [37, с. 182].

3. *Процедурну справедливість* можна визначити як додержання процедурних правил, що спрямовані на забезпечення справедливості результату тієї чи іншої дії незалежно від інших обставин. Справедливість у процедурах визнається цінністю в більшості культур, місць і епох; на думку С. Хемпшира, чесність у процедурі є константою людської природи [38, с. 92].

Компонентами справедливості у цьому випадку виступають інформаційна справедливість (норми чесності, ясності, повноти, своєчасності, індивідуальності), процедурна справедливість (норми контролю за результатом, за процесом, корегування, одноманітності, нейтралізації упереджень, точності і повноти інформації, етичності), міжособистісна справедливість (норми поваги й ввічливості) [39, с. 18–25].

У літературі виділяють суто процедурну, абсолютну і неабсолютну процедурну справедливість.

3.1. *Суто процедурна справедливість* визнається там, де немає незалежного критерію для правильного результату, натомість є коректна або справедлива процедура, наслідок якої також є коректним або справедливим незалежно від його суті, — аби тільки належно дотримувалися процедури [3, с. 133]. Інакше кажучи, справедливість полягає в самих процедурах і не існує процесуально незалежної міри справедливого результату. У цьому випадку справедливий результат — це будь-який результат, отриманий за умови додержання процедури. Ілюстрацією для цієї ситуації є будь-яка гра (наприклад, карти чи футбол), якщо тільки вона ведеться чесно (за правилами). Суто процедурна справедливість лише іноді знаходить своє втілення у праві. Наприклад, вона покладена в основу інституту жеребкування, що традиційно використовується під час виборів.

3.2. На відміну від суто процедурної *абсолютна процедурна справедливість* має незалежний критерій справедливого результату та процедуру, яка з великим ступенем гарантії приводить до цього результату. Прикладом такої справедливості є спосіб розподілу пирога, коли той, хто ділить, бере свій шматок останнім (за умови, що ми прагнемо розподілити пиріг на рівні частки). Є підстави вважати, що в цьому випадку той, хто ділить, намагатиметься досягти досконалої

рівності часток. Абсолютна (досконала) процедурна справедливість також знаходить обмежене застосування в праві. Одним із нечисленних прикладів такої процедури є порядок формування складу третейського суду.

3.3. Характерною ознакою *неабсолютної процедурної справедливості* є те, що хоч і є незалежний критерій для правильного висновку, проте немає такої підхожої процедури, яка б напевно привела до нього [3, с. 133]. Зазвичай правила неабсолютної процедурної справедливості лише сприяють досягненню справедливого результату (матеріальної справедливості) внаслідок дотримання процедури, однак не гарантують його. Вони спрямовані на забезпечення неупередженості (безсторонності) і зменшення можливості свавілля (тобто формальної справедливості).

Ідея недосконалої процедурної справедливості у правовій сфері найяскравіше виявляється саме в судочинстві. Водночас вона реалізується і в інших видах юридичної діяльності, наприклад, у правотворчості. Так, процедурні правила правотворчого органу (регламент) звичайно спрямовані на забезпечення неупередженості (безсторонності), зменшення можливості свавілля і мають на меті прийняття найбільш досконалого за змістом і формою нормативно-правового акта. Наприклад, вони передбачають можливість проведення експертиз, громадських обговорень і узгоджень проектів нормативно-правових актів. Рішення про затвердження акта зазвичай приймається суб'єктом правотворчості за результатами розгляду та обговорення проекту нормативно-правового акта.

Слід зазначити, що всі аспекти справедливості є тісно пов'язаними між собою. Там, де ми знаходимо формальну справедливість, ми ймовірно знайдемо й змістовну справедливість, оскільки вони схильні йти разом. Тому принаймні вкрай несправедливі інституції рідко, а то й ніколи не бувають керовані безсторонньо й послідовно [3, с. 101]. У свою чергу, абсолютна і неабсолютна процедурна справедливість спрямовані на забезпечення змістовної справедливості (завдяки цим видам процедурної справедливості досягають допоміжної легітиматії результату [14, с. 30]), а суто процедурна — на її заміну (у випадку коли для певних відносин не можуть бути визначені принципи справедливого розподілу, процедурна справедливість гарантує первинну легітиматію результату). Крім того, процедурна справедливість сприяє реалізації формальної справедливості: саме процесуальні подробиці, точність, детальність і скрупульозність процесуальних норм, чіткість вимог і визначеність правил гарантують рівність сторін процесу й об'єктивність влади, що приймає рішення.

Отже, саме врахування у процесі правотворчості вимог формальної, змістовної і процедурної справедливості приводить до появи легітимного права, а їх одночасна реалізація у процесі судочинства свідчить про здійснення правосуддя.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Дигести* Юстиніана : пер. с лат. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М. : Статут, 2002. — Т. 1. Книги I–IV. — 584 с.
2. *Хеффе О.* Справедливость: Философское введение : пер. с нем. / О. Хеффе. — М. : Праксис, 2007. — 192 с.
3. *Ролз Дж.* Теория справедливости : пер. з англ. / Дж. Ролз. — К. : Основи, 2001. — 822 с.
4. *Катехизис* Католической церкви: компендиум : пер. с лат. — М. : Культ. центр «Духов. б-ка», 2007. — 216 с.

5. Прокофьев А. В. Социальная справедливость: нормативное содержание и история становления понятия / А. В. Прокофьев [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://ethics.iph.ras.ru/research/prokofiev_1.html
6. Радбрух Г. Философия права : пер. с нем. / Г. Радбрух. — М. : Междунар. отношения, 2004. — 240 с.
7. Бэкон Ф. Опыты или наставления нравственные и политические / Ф. Бэкон // Соч. : в 2 т. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М. : Мысль, 1978. — Т. 2. — С. 349–482.
8. Иеринг Р. фон. Борьба за право : пер. с нем. / Р. фон Иеринг // Избр. тр. : в 2 т. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. — Т. 1. — С. 13–86.
9. Речицький В. Відповідь Всеволода Речицького Мирославу Мариновичу / В. Речицький // Права людини (ХПГ-інформ). — 2007. — № 11 (447). — С. 11–12.
10. Прокофьев А. В. Воздавать каждому должное... Введение в теорию справедливости / А. В. Прокофьев. — М. : Альфа-М, 2013. — 512 с.
11. История этических учений / под ред. А. А. Гусейнова. — М. : Гардарики, 2003. — 911 с.
12. Прокофьев А. В. Мораль индивидуального совершенствования и общественная мораль: исследование неоднородности нравственных феноменов / А. В. Прокофьев ; НовГУ имени Ярослава Мудрого. — Велик. Новгород, 2006. — 284 с.
13. Рікер П. Інтелектуальна автобіографія. Любов і справедливість : пер. з фр. / П. Рікер. — К. : Дух і літера, 2002. — 114 с.
14. Гьофе О. Справедливість і субсидіарність. Виступи в Україні : пер. з нім. / О. Гьофе. — К. : Альтерпрес, 2004. — 144 с.
15. Гринберг Л. Г. Критика современных буржуазных концепций справедливости / Л. Г. Гринберг, А. И. Новиков. — Л. : Наука, Ленингр. отд-ние, 1977. — 172 с.
16. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства : пер. с нем. / О. Хеффе. — М. : Гнозис, Ред.-издат. группа «Логос», 1994. — 328 с.
17. Шевченко А. А. Моральные и политические контексты справедливости / А. А. Шевченко. — Новосибирск : Изд-во СО РАН, 2007. — 214 с.
18. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. — К. : Реферат, 2007. — 640 с.
19. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) // Офіц. вісн. України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.
20. Рікер П. Справедливое : пер. с фр. / П. Рікер. — М. : Гнозис ; Логос, 2005. — 304 с.
21. Історія європейської ментальності : пер. з нім. / за ред. П. Дінцельбахера. — Львів : Літопис, 2004. — 720 с.
22. Бурдьє П. Социальное пространство: поля и практики : пер. с фр. / П. Бурдьє. — М. : Ин-т эксперимент. социологии ; СПб. : Алетейя, 2007. — 576 с.
23. Харт Х. Л. А. Концепція права : пер. з англ. / Х. Л. А. Харт. — К. : Сфера, 1998. — 236 с.
24. Фуллер Лон Л. Мораль права : пер. з англ. / Лон Л. Фуллер. — К. : Сфера, 1999. — 232 с.
25. Циппеліус Р. Філософія права : пер. з нім. / Р. Циппеліус. — К. : Тандем, 2000. — 300 с.
26. Рішення Конституційного Суду України від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства

- «Кіровоградобленерго» про офіційне тлумачення положень частини восьмої статті 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності) // Офіц. вісн. України. — 2007. — № 48. — Ст. 1991.
27. *Рішення* Конституційного Суду України від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (справа про податкову заставу) // Офіц. вісн. України. — 2005. — № 13. — Ст. 674.
 28. *Иеринг Р. фон*. Цель в праве : пер. с нем. / Р. фон Иеринг // Избр. тр.: в 2 т. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. — Т. 1. — С. 87–436.
 29. *Радбрух Г.* Элементарный курс философии права / Г. Радбрух // Радбрух Г. Філософія права : пер. з нім. — К. : Тандем, 2006. — С. 137–247.
 30. *Хофмайстер Х.* Что значит мыслить философски : пер. с нем. / Х. Хофмайстер. — СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2006. — 448 с.
 31. *Госепат Ш.* До обґрунтування соціальних прав людини : пер. з нім. / Ш. Госепат // Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна. — К. : Ніка-Центр, 2008. — С. 129–162.
 32. *Гьофнер Й.* Християнське суспільне вчення : пер. з нім. / Й. Гьофнер. — Львів : Свічадо, 2002. — 304 с.
 33. *Циппеліус Р.* Юридична методологія : пер. з нім. / Р. Циппеліус. — К. : Реферат, 2004. — 176 с.
 34. *Нозик Р.* Анархия, государство и утопия : пер. с англ. / Р. Нозик. — М. : ИРИСЭН, 2008. — 424 с.
 35. *Рішення* Конституційного Суду України від 17 березня 2005 р. № 1-рп/2005 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин першої, другої статті 2 Закону України «Про розмір внесків на деякі види загальнообов'язкового державного соціального страхування» (справа про надання допомоги по тимчасовій непрацездатності) // Офіц. вісн. України. — 2005. — № 13. — Ст. 673.
 36. *Эльстер Ю.* Локальная справедливость и межличностные сравнения / Ю. Эльстер // Логос. — 2007. — № 5 (62). — С. 134–161.
 37. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков : Право, 2002. — 328 с.
 38. *Хемпшир С.* Справедливость — это конфликт: душа и государство / С. Хемпшир // Логос. — 2007. — № 5 (62). — С. 91–110.
 39. *Гулевич О. А.* Социальная психология справедливости / О. А. Гулевич. — М. : Изд-во «Ин-т психологии РАН», 2011. — 284 с.

Погребняк С. П. Справедливість як принцип права: основні аспекти

Анотація. У статті втілення ідеї справедливості в праві досліджується через аналіз імплементації у правову реальність окремих аспектів справедливості. Зокрема, розглядається зміст об'єктивної і суб'єктивної, загальної й індивідуальної, формальної, змістовної і процедурної справедливості, встановлюються відмінності між цими аспектами, демонструється значення кожного з них для правового регулювання. Крім того, з'ясовані особливості взаємодії між аспектами справедливості, а також визначений їхній зв'язок з іншими принципами права.

Ключові слова: справедливість, принцип права, формальна справедливість, змістовна справедливість, процедурна справедливість.

Погребняк С. П. Справедливость как принцип права: основные аспекты

Аннотация. В статье воплощение идеи справедливости в праве исследуется через анализ имплементации в правовую реальность отдельных аспектов справедливости. В частности, рассматривается содержание объективной и субъективной, общей и индивидуальной, формальной, содержательной и процедурной справедливости, устанавливаются различия между этими аспектами, демонстрируется значение каждого из них для правового регулирования. Кроме того, выяснены особенности взаимодействия между аспектами справедливости, а также определена их связь с другими принципами права.

Ключевые слова: справедливость, принцип права, формальная справедливость, содержательная справедливость, процедурная справедливость.

Pohrebniak S. Justice as a Principle of Law: Key Aspects

Summary. The idea of justice embodiment in the law is investigated in the article through the analysis of a legal reality implementation in some aspects of justice. For instance, objective and subjective, general and particular, formal, substantive and procedural aspects of justice are considered, the differences between these forms are established, and value for each regulation is demonstrated. In addition, the peculiarities of interaction between the forms are described and their relationship with other principles of law are defined.

Key words: justice, the principle of law, formal justice, substantive justice, procedural fairness.

ПРИНЦИП СПРАВЕДЛИВОСТІ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА

С. ПРИЙМА
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)



Справедливість. Як багато в цьому слові. Чи є сьогодні щось, що є більш бажаним, ніж вона, ніж відчуття її кожним щодо себе з боку інших. Ба більше, рідко хто в змозі стати щасливим, коли до нього чинять або просто ставляться несправедливо. Справа тут у тім, що відчуття справедливості, а особливо несправедливості¹, притаманне кожному, навіть попри те, що майже ніхто не здатен вичерпно пояснити сенс цієї категорії, адже, коли справедливість виражає досягнуту для певного історичного періоду гармонійність, оптимальність людських відносин, свідомість її взагалі не фіксує [2, с. 220–221].

Однак, попри те, що справедливість є дуже складним для пізнання феноменом, а її вимоги не можна визначити однозначно (на думку Г. Радбруха, «встановити, що є справедливим, неможливо» [3, с. 25]), її дослідженням займалося чимало вчених². Так, серед сучасних науковців ця тематика докладно розроблялася Р. Алексі, Т. Алланом, З. Добош, С. Максимовим, С. Погребняком, П. Рікером, Дж. Ролзом, Г. Хартом, О. Хьоффе. Проте, що стосується розробок принципу справедливості інтерпретації права, то тут можна спостерігати певну прогалину, оскільки найбільше уваги цій zasadі приділяється саме як підвалині права в цілому, а не як принципу юридичної діяльності.

Таким чином, метою цієї статті є визначення змісту справедливості в аспекті тлумачення права та взагалі її застосовності у сфері інтерпретаційно-правової діяльності, а також встановлення її основних вимог.

Почнемо з того, що ми підтримуємо загальноприйняте ставлення до справедливості як до стрижневої категорії для державно-правової сфери. Насамперед слід звернути увагу на те, що справедливість і право в багатьох мовах є спільно-кореневими словами: «*justitia*» і «*jus*» (у латинській), «*oikeudenmukaisuus*» і «*oikea*» (у фінській), «*rettferdighet*» і «*rett*» (у норвезькій), «*sprawiedliwość*» і «*prawo*» (у польській). Однак зв'язок цих двох явищ не закінчується на етимо-

¹ Як відзначає відомий американський юрист М. Селлерз, почуття справедливості виникає частіше за все у відповідь на несправедливість [1, с. 218].

² Так, лише в Україні за правовими спеціальностями у 2000-х роках було захищено три кандидатські дисертації, що мали своїм об'єктом справедливість [4; 5; 6].

логічному рівні. Ще в римському праві значну увагу було приділено справедливості як визначальній категорії в юридичній сфері, що втілюється в численні максими, присвячені справедливості: «*Lex iniusta non est lex*» (несправедливий закон не є законом), «*Justitia in suo cuique tribuendo cernitur*» (справедливість полягає у відплаті кожному за його заслугами). Загальновідомими є також слова Ульпіана, який, у свою чергу, цитує Цельса: «*Jus est ars boni et aequi/justitiae*» (право — це мистецтво добра і справедливості).

Що стосується зв'язку справедливості з державою, то він так само очевидний. І тут ми можемо згадати крилатий латинський вислів «*Justitia regnorum fundamentum*» (правосуддя/справедливість — основа держави). Тобто, погоджуючись з М. Селлерзом, будь-яка законна влада претендує на служіння розумності й справедливості. Навіть корумпована або зловмисна влада претендує на це, оскільки легітимність, яка визначається переконанням людей у тому, що влада слугує розумності й справедливості¹, значно підвищує готовність громадян підкорюватись, адже справедливість є найвищою правовою цінністю [1, с. 211].

Цікавим також є те спостереження, що тексти присяг багатьох посадовців, принаймні в Україні, містять вимогу бути справедливими. Так, при вступі на посаду присягають бути справедливими судді (ст. 56 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»); у непрямій формі ідея справедливості проголошується в присязі Президента і народних депутатів. Цілком можна говорити, що вимога бути справедливими стосується також інтерпретаційної діяльності, яку здійснюють ці особи в силу наданих їм повноважень.

У конституціях зарубіжних країн так само можна знайти положення, в яких йдеться про справедливість. Так, у конституціях Іспанії (ст. 1), Румунії (ст. 1) та Македонії (ст. 8) справедливість проголошується як цінність. Справедливість як мета чи завдання держави закріплена в конституціях Греції (ст. 2), Швейцарії (ст. 2), Італії (ст. 11) та Португалії (ст. 1). І, нарешті, принцип справедливості тлумачення, хоча й у непрямій формі, конституційно відображений у Польщі (ст. 2), Узбекистані (ст. 14) як принцип державної діяльності та у Вірменії (ст. 39), Хорватії (ст. 29), Азербайджані (ч. 2 ст. 127) як принцип судочинства. А от у Конституції України безпосередня вказівка на справедливість міститься лише в тому положенні, за яким бюджетна система будується на цій засаді при розподілі суспільного багатства між громадянами і територіальними громадами (ст. 95).

У філософській літературі під справедливістю розуміється моральний принцип, що означає покарання за зло та відплату за добро; вона припускає врахування міри заслуг, тобто міри добрих справ чи, навпаки, проступків та встановлення на цій підставі міри заохочень або покарань [7, с. 368]. Також справедливість часто визначається через категорію належного. Наприклад, у Новому енциклопедичному словнику зазначено, що в загальному сенсі справедливість припускає поняття про належне, яке містить вимогу відповідності між практичною роллю людини чи соціальної групи в житті суспільства та їх соціальним становищем, між їх правами й обов'язками, діянням і відплатою, працею та винагородою, злочином і покаранням тощо [8, с. 1151]. А М. Селлерз відзначав, що відчуття справедливості стосується належного порядку в суспільстві і

¹ Цікаво, що з лат. «*legitimus*», за одним із варіантів, перекладається як «справедливий».

виникає як реакція на нечесність, утиски, експлуатацію чи будь-яке з багатьох інших злодіянь, у ході яких дехто може порушувати правила, що забезпечують членам суспільства можливість жити гідним і повноцінним життям [1, с. 218].

Намагаючись встановити значення самої справедливості, слід насамперед погодитися з тим, що в цьому разі необхідно відмовитися від точності, яка ризикує бути оманливою. Про справедливість належить говорити стримано та скромно, не мріючи вимовити останнє слово [9, с. 526, 527]. Отже, спробуємо з'ясувати, у чому ж полягає справедливість як принцип інтерпретаційної діяльності.

Ще римські юристи заклали основи справедливості у сферу тлумачення норм права. Вони вважали, що не лише в сумнівних справах потрібно давати більш справедливі та безпечні тлумачення, а й в усіх юридичних справах юстиція і справедливість мають перевагу над строгим розумінням права, тобто в разі колізії між інтерпретаційним висновком і загальноприйнятою нормою справедливості має застосовуватися остання.

У наш час це положення так само є актуальним. Як зауважує Г. Надежин, можливість, межі, правильна спрямованість впливу норми права залежать від того, як буде інтерпретована сама норма права, наскільки точно буде з'ясований її сенс. Якщо у праві допускаються різні варіанти розуміння, інтерпретація покликана встановити найбільш справедливий за даних умов шлях правового регулювання [10, с. 63]. Д. Бараташвілі з приводу цього зазначає, що принцип справедливості полягає в тому, що незрозумілу (двозначну тощо) норму права слід тлумачити в тому сенсі, в якому вона уявляється більш справедливою [11, с. 74].

Однак у цих визначеннях відбувається не встановлення змісту принципу справедливості тлумачення права, а здійснюється відсилання до загального поняття справедливості, а також закріплення вимоги, за якою справедливі тлумачення мають завжди «перемагати» у боротьбі з альтернативними інтерпретаціями.

Інший спосіб з'ясування суті справедливості обрав Г. Харт. Він встановлював її сенс за допомогою прикладів: слово «справедливий» було б слушним виразом схвалення закону, який розподіляє тягар оподаткування згідно з добробутом, а слово «несправедливий» було б доцільним, аби позначити несхвалення закону, що забороняє «кольоровому» населенню користуватися громадським транспортом або парками [12, с. 157].

І. Ільїн визначав цей принцип через встановлення його характерних особливостей, наголошуючи, що вимога справедливості полягає в тому, аби право не застосовувалося (а отже, не тлумачилося. — *С. П.*) без огляду, у сліпій байдужості чи без поблажливості до людської слабості та неосвіченості; вона, навпаки, вимагає, щоб скрізь враховувалися особисті якості суб'єктів та їхні наміри. Оскільки один і той самий висновок, що підходить до одного випадку, може бути несправедливим в іншому. Так, недостатньо визначити розмір заподіяної шкоди, важливо врахувати, наскільки такий збиток є вагомим для потерпілого [13, с. 113]. Безумовно, ця ідея цілком відповідає принципу справедливості при тлумаченні норм права.

Водночас важливо відзначити, що принцип справедливості є не лише принципом тлумачення, а й координатором при тлумаченні інших принципів. У зв'язку з цим виникає проблема розмежування понять «принципи тлумачен-

ня» та «тлумачення принципів», яке, на наш погляд, може бути відображеним на прикладі принципу справедливості найкращим чином. Так, про справедливість як принцип тлумачення йшлося вище. Справедливість же як арбітр при тлумаченні принципів є особливим механізмом, який підтримує міру рівноваги правових цінностей і одночасно є визначальним критерієм при конфлікті цих цінностей. Через це можна говорити про специфічну роль принципу справедливості серед інших загальних принципів тлумачення — бути цензором при їх реалізації й арбітром у разі суперечностей між ними. Так, на кшталт принципу справедливого судочинства, що закріплений у ст. 6 Європейської конвенції, навколо якого концентруються інші вимоги (право на доступ до правосуддя (справа «Голдер проти Об'єднаного Королівства» (1975)); розумність строку судового процесу (справа «Смирнова проти РФ» (2003)); обов'язковість виконання судових рішень (справа «Імобіліаре Саффі проти Італії» (1999)); вмотивованість рішень (справа «Ван де Хурк проти Нідерландів» (1994) та багато інших), принцип справедливості тлумачення є визначальним щодо інших: розумності, своєчасності, обґрунтованості тощо.

Дуже важливим для характеристики принципу справедливості уявляється дослідження його вимог. Найпершою серед них, на наш погляд, є вимога неупередженості при здійсненні тлумачення права. Основи неупередженості можна знайти ще в Новому Завіті, де написано: «Я нічого не можу творити Сам від Себе. Як чую, так і суджу, і суд Мій праведний; адже не шукаю Моєї волі» (Ін. 5, 30). Сенс вимоги неупередженості також розкриває апостол Павел, який пише: якби ми судили самі себе, то не були б судимі (1 Кор. 11, 31).

У загальному вигляді під неупередженістю розуміють те, що не має заздалегідь сформованої думки [14]; відсутність необ'єктивності до будь-якого процесу, явища; справедливість [15, с. 42]. У словнику синонімів української мови безпристрасний — це об'єктивний, неупереджений, незацікавлений, безсторонній [16]. Власне, сама об'єктивність часто визначається у словниках як неупередженість, безсторонність [17, с. 534]. У зв'язку з цим не буде помилковим використання термінів «неупередженість», «об'єктивність», «безсторонність» в одному значенні.

В юридичній літературі досить багато уваги приділяється вимозі неупередженості. Так, на думку Д. Гаврилова, неупередженість особи, яка здійснює тлумачення, полягає в її внутрішній свободі від упередженості, здатності здійснювати самоконтроль, формулювати для себе й долати сумніви, пов'язані з необхідністю уникнення односторонності в дослідженні й оцінці обставин справи [18, с. 127–128]. Р. Ципеліус наголошує, що задля того, аби бути неупередженим, суддя не повинен ані безпосередньо, ані опосередковано бути пов'язаним з інтересами тих, чию долю він вирішує, крім того, він не повинен зазнавати впливів, що можуть зашкодити його нейтральності [19, с. 207].

Р. фон Ієринг розглядає неупередженість у тому сенсі, що суддя повинен сприймати сторони, котрі виступають перед ним, не як певних осіб, а як абстрактні типи, маски (позивач і відповідач); суддя бачить лише маску, а не індивіда, який ховається під нею [20, с. 333]. У свою чергу, суддя також має дистанціюватися від себе як від конкретної людини, ніби піти з буденного життя при здійсненні правосуддя. З цією метою в багатьох правових системах суддя одягає мантію та перуку. Однак уявляється, що перша частина вимоги неупередженості судочинства не стосується тлумачення, оскільки інтерпретатор «має

справу» з юридичною нормою, а не з певними суб'єктами, тоді як суддя працює насамперед з людьми. А от друга ідея цілком застосовна у сфері тлумачення права, адже інтерпретаторові належить ніби зректися себе, свого «Я», відкинути власні емоції й уподобання при здійсненні інтерпретаційної діяльності.

З усього зазначеного вище можна зробити висновок, що вимога неупередженості наповнюється змістом через два своїх аспекти: 1) зовнішній, який полягає в тому, що інтерпретатор має залишатися осторонь будь-яких подій і впливів, що можуть змінити його ставлення до норми, яку він тлумачить або має тлумачити; 2) внутрішній, який має прояв у тому, що інтерпретатор повинен вести постійну боротьбу з власними емоціями, уподобаннями, настроями, переконаннями, звичками тощо. Цей поділ є умовним, адже дуже часто саме зовнішні фактори формують суб'єктивне ставлення інтерпретатора до певних явищ навколишньої дійсності. Проте ми вважаємо, що виокремлення та розкриття двох зазначених зрізів дозволить досягнути природу засади неупередженості повніше.

Слід відмітити, що гносеологічним корінням неупередженості є природна людська звичка робити передчасні висновки на підставі ознайомлення з недостатньо вивченою проблемою. Як зазначає В. Бернхем, кожному з нас властиве природне прагнення впорядкувати ту хаотичну інформацію, яку ми чуємо. Крім того, кожному з нас притаманне бажання бачити те, що ми хочемо чи сподіваємося побачити [21, с. 85]. З іншого боку, неупередженість має аксіологічну основу, тобто певну власну зацікавленість, оскільки людині властиво діяти у своїх інтересах, хоча від інтерпретатора завжди очікують неупередженості, через що його діяльність наповнюється сенсом. Г. Радбрух з приводу цього зазначає, що ми зневажаємо пастора, який проповідує всупереч власним переконанням, але шануємо суддю, який всупереч своїм правовим почуттям не поступається вірності закону [3, с. 14].

Необхідно також сказати про наслідки відсутності неупередженості. Так, у ст. 27 КАС України зазначається, що суддя відводиться, якщо він прямо чи опосередковано заінтересований в результаті розгляду справи або за наявності інших обставин, які викликають сумнів у його неупередженості. А у справах «Норт'єр проти Нідерландів» та «Хаусхільдт проти Данії» Європейський суд визначив, що будь-який суддя, щодо безсторонності якого існують законні сумніви, має вийти зі складу суду [22, с. 48]. Уявляється, однак, що ця вимога стосується лише суб'єктів офіційної інтерпретації. А от при неофіційному тлумаченні такі суворі наслідки неприпустимі, адже ніхто не може позбавити особу права на власну думку, котре знайшло своє закріплення в ст. 34 Конституції України. У цьому разі інтерпретатор має лише пам'ятати, що здійснення тлумачення на догоду тенденціям і людям тягне за собою його відволікання від основної мети тлумачення, зменшення його пізнавального потенціалу, викривлення отриманих висновків та знецінення ідеалу «чистоти» його розуму.

Цікавим також є питання щодо статусу вимоги неупередженості. Так, деякі правознавці [18, с. 127; 23, с. 105] надають їй статусу окремого принципу, відокремлюючи його від принципу справедливості. Відповідно до іншого погляду, принцип справедливості та неупередженості є єдиною керівною основою (п. 9 ч. 1 ст. 7 Бюджетного кодексу України). Згідно з третьою точкою зору, неупередженість є складовою частиною принципу справедливості, оскільки в будь-якому разі упередженість суб'єкта потягне за собою порушення принципу спра-

ведливості [24, с. 72]. Уявляється, що остання думка є найбільш точною та відображає дійсний порядок співвідношення цих двох явищ; і до того ж вона дозволяє не «примножувати сутності» без зайвої потреби. Наприклад, згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод вимога справедливості суду традиційно включає вимогу неупередженості (безсторонності) суду. Правова позиція Європейського суду з прав людини щодо цієї ідеї сформульована у справі «П'єрсак проти Бельгії» (1982). На думку Суду, неупередженість включає суб'єктивні й об'єктивні елементи. Перевірка на суб'єктивну неупередженість полягає в з'ясуванні особистих переконань того чи іншого судді в конкретній справі. Об'єктивна неупередженість вимагає наявності в судді достатніх гарантій, що виключають будь-які обґрунтовані сумніви в його безсторонності. Ці сумніви виникають у таких випадках: виконання однією особою різних судових функцій на різних стадіях судового розгляду; підтримання суддею позасудових відносин з однією із сторін тощо. Конституційний Суд України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 р. також відмітив, що справедливе застосування норм права — це передусім недискримінаційний підхід, неупередженість [25].

Разом з цим потрібно мати на увазі, що, хоча неупередженість і є вимогою принципу справедливості, проте справедливість не обмежується нею. Як зазначалося вище, інша важлива ідея справедливості полягає в тому, аби не тлумачити правовий акт у відриві від конкретної ситуації, без урахування всіх обставин, в тому числі й конкретних осіб та їх становища. Справедливість є взяттям до уваги індивідуальності осіб та відносин [26, с. 61], а індивідуалізація є душею справедливості [19, с. 173]. Тут на перший погляд є суперечність між цими двома вимогами, проте вони будуть конфліктувати лише тоді, коли інтерпретатор почне шукати своєї вигоди чи симпатизувати одній із сторін при «поглибленні» до суті справи. А якщо він звертатиме увагу на всі найдрібніші подробиці справи й особливості статусу певної особи і дивитиметься на ситуацію об'єктивно та беземоційно, то йому вдасться уникнути означеної суперечності.

При характеристиці вимог принципу справедливості інтерпретації норм права слід, на наш погляд, звернутися до поширеного у філософській думці виокремлення формального, змістовного та процедурного аспектів справедливості.

Так, основна ідея *формальної справедливості* полягає в тому, що до однакового слід ставитися однаково чи, як зазначає Г. Харт, головною заповіддю справедливості є трактування однакових випадків однаково, а різних — по-різному [12, с. 158]. У зв'язку з цим можна говорити про необхідність виділення в межах принципу справедливості вимоги одноманітності тлумачення. Цей імператив своїм корінням сягає ще давньоримського права, де можна знайти таке положення: *Leges cum omnibus semper una atque eadem voce loquuntur* (закони звертаються до всіх одним і тим самим голосом). Логічним є те, що в однакових випадках і тлумачити ці закони слід однаково. Подібні твердження поширені й у наш час. Так, Г. Радбрух зазначає, що закон має тлумачитися та застосовуватися в одному сенсі [3, с. 29]. На цьому положенні ґрунтують свою діяльність органи судової гілки влади. Наприклад, в Іспанії очікується численне звільнення членів баскської радикальної організації ЕТА внаслідок визнання Європейським

судом з прав людини у справі «Дель Ріо Прада проти Іспанії» (2013) «доктрини Паро»¹ такою, що порушує права людини.

На наш погляд, вимога одноманітності у сфері тлумачення полягає у використанні всього інтерпретаційного інструментарію в однаковій площині за допомогою тих самих засобів. За однакових обставин, з того самого питання інтерпретатору необхідно застосовувати подібні методи для досягнення своєї мети. Крім того, імператив одноманітності реалізовується через накопичення інтерпретаційного досвіду застосування принципів, передання відповідної інформації від одного інтерпретатора до іншого, від одного покоління (складу) суб'єктів інтерпретаційної практики до іншого. Тож, тлумачення правових норм буде одноманітним (а отже, і справедливим), якщо інтерпретатори дійдуть однакового розуміння змісту норм, що тлумачаться. Скажімо, якщо певний інтерпретатор, особливо авторитетний, вже витлумачив цю чи подібну норму права, перебуваючи при цьому в аналогічній обстановці, то вочевидь корисним буде звернутися до результату², що ним досягнутий.

Таким чином, вимога одноманітності належить більшою мірою до офіційного тлумачення, на чому наголошує і Г. Надежин [10, с. 46], тому що висновки офіційного інтерпретатора (чи то обов'язкові, чи то переконливі) є результатом діяльності уповноваженої особи як фахівця з відповідного питання. Утім від неї не можна відмовлятися і при неофіційній інтерпретації.

У зв'язку з цим одноманітність слід розглядати з двох точок зору:

а) як одноманітність у діяльності одного і того самого інтерпретатора, тобто пов'язаність своїми попередніми висновками. Ця вимога рівною мірою стосується як офіційного, так і неофіційного тлумачення, оскільки інтерпретатор має бути зацікавленим в економії часу та інтелектуальних сил, а найоптимальнішим у цьому разі буде використання саме власного позитивного досвіду. Водночас, що стосується суб'єктів офіційної інтерпретації, то дотримання своїх раніше ухвалених рішень є не правом, а законодавчо встановленим обов'язком. Так, відповідно до ч. 2 ст. 150 Основного Закону України³, рішення Конституційного Суду України (КСУ) є остаточним, тобто ні цей самий, ні наступний склад суду не може його перетлумачити, адже це суперечитиме відомій ще римському праву забороні висловлюватися всупереч власному слову чи вчинку (*non concedit venire contra factum proprium*).

Однак інколи офіційні інтерпретатори не додержуються цього стандарту. Наприклад, КСУ в своїй Ухвалі від 05.02.2008 р. № 6-у/2008 відзначив, що його повноваження не поширюються на наступний конституційний контроль за законом, яким вносяться зміни до Конституції України, що набрав чинності, а в Рішенні від 26.06.2008 р. № 13-рп/2008 постановив, що саме він повинен здійснювати такий контроль і щодо закону про внесення змін до Конституції України після набрання ним чинності [27, с. 6]. Переінтерпретації відомі й

¹ Доктрина, ухвалена Верховним судом Іспанії в 2006 р., відповідно до якої особи, засуджені за здійснення терористичної діяльності, не можуть бути звільнені достроково.

² Слід наголосити, що вимога одноманітності інтерпретації стосується насамперед результату, а не процесу тлумачення, оскільки кожен окремих інтерпретатор, як правило, має власний хід міркувань і аргументацію, проте йому належить дійти тих висновків, яких уже раніше дійшов він або інший інтерпретатор щодо тієї самої чи аналогічної норми.

³ Аналогічна норма міститься, наприклад, у ч. 3 ст. 100 Конституції Греції щодо рішень Вищого спеціального суду Греції.

практиці Конституційного Суду РФ. Так, на зміну оприлюдненій ним наприкінці 90-х років минулого століття правовій позиції на користь забезпечення змагальності у кримінальному процесі (заборона повернення справи на додаткове розслідування, заборона повороту на гірше в порядку нагляду) згодом була задекларована протилежна установка в такому процесі (можливість повернення справи на додаткове розслідування, можливість повороту на гірше в порядку нагляду).

Разом з цим тут слід зробити уточнення: існує низка випадків, коли відхід від власного, раніше отриманого, інтерпретаційного висновку уявляється обґрунтованим, але це вже буде динамічним тлумаченням. Так, із різних причин Верховний суд США протягом 1946–1992 рр. вдавався до ревізуючого тлумачення (*overruling interpretation*) щонайменше 154 рази¹, а Європейський суд за історію свого існування – 22 рази²;

б) як одноманітність у тлумаченні суб'єкта, який користується чужим, однак авторитетним, досвідом. Цей зріз засади одноманітності належить загалом до офіційної інтерпретації, адже при неофіційному тлумаченні кожен інтерпретатор немов сам собі авторитет. На цій підставі одним із завдань суб'єктів офіційної інтерпретаційної діяльності є встановлення єдиного та стабільного розуміння змісту правових норм. Наприклад, головне призначення Суду ЄС, на думку деяких учених, полягає в забезпеченні одноманітної інтерпретації та застосуванні права Європейських співтовариств у тому вигляді, як воно закріплене в засновницьких актах [29, с. 153]: у ст. 220 Договору, що засновує Європейське співтовариство, міститься положення, відповідно до якого Суд Правосуддя і Суд Першої Інстанції, кожен у межах своєї юрисдикції, забезпечують збереження одноманітності права Співтовариства при тлумаченні та застосуванні цього Договору [30, с. 75].

Наступним аспектом справедливості, що слід розглянути в цій статті, є *змістовна справедливість*, за допомогою якої можна з'ясувати, що ж конкретно належить кожному як учаснику суспільних відносин. Тобто її головне положення можна сформулювати через вимогу віддати кожному належне. Змістовна справедливість вимагає, зокрема, співмірності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню, установлення та диференціювання публічно-правових обмежень залежно від конкретних обставин, що обумовлюють їх запровадження [24, с. 52, 53]. Прикладом цього аспекту справедливості є Рішення КСУ у справі про призначення судом більш м'якого покарання [25], в якому на підставі відсутності рівного підходу до осіб, які вчинили злочин, визнано неконституційність зазначеного положення Кримінального кодексу, оскільки менш м'яке покарання може призначатися не лише особам, які вчинили особливо тяжкий, тяжкий або злочин середньої тяжкості, а й тим, хто скоїв злочин невеликої тяж-

¹ Серед його причин називають такі: неефективність попереднього тлумачення; неясність попереднього тлумачення чи його неузгодженість з іншими; його помилковість; погане обґрунтування попереднього рішення; зміни в суспільному житті країни; розвиток законодавства більшості штатів; еволюція законодавства більшості розвинених країн; балансування інтересів.

² Причинами динамічного тлумачення у практиці ЄСПЛ, які він сам оголосив при перетлумаченні, є: недоліки попереднього рішення та його неправильні наслідки; неузгодженість попередньої судової практики; перевантаженість Суду однотипними скаргами; розвиток судової практики в державі-відповідачі; зміни в національному правопорядку держав – членів РЄ; розвиток практики держав поза межами РЄ; розвиток міжнародного права та права міжнародних організацій (див. детальніше: [28, с. 154, 146, 148–149, 170, 172]).

кості. Ілюстрацією до змістовного аспекту справедливості також є рішення Європейського суду справедливості в справі щодо «туризму добробуту», відповідно до якого країни-члени ЄС можуть призупиняти соціальні виплати особам з інших країн, якщо вони пропрацювали певний період у цій державі, але потім стали безробітними і перебували у цьому статусі протягом 6 місяців.

І останній аспект справедливості — *процедурний* — можна визначити як дотримання процедурних правил, що спрямовані на забезпечення справедливості результату тієї чи іншої дії незалежно від інших обставин [24, с. 57]. Так, КСУ має цілий комплекс процесуальних можливостей, необхідних для отримання справедливого інтерпретаційного рішення, починаючи з особи судді як носія найкращих людських якостей і закінчуючи мониторингом громадської думки шляхом заслуховування позицій різних суб'єктів¹. Інакше кажучи, процедурна справедливість вказує на той процесуальний бік досягнення результату, що зображувався при розгляді формального та змістовного аспектів справедливості.

На думку Дж. Ролза, цей аспект справедливості можна поділити на абсолютну, неабсолютну та суто процедурну справедливість [31, с. 130–137].

Характерними рисами *абсолютної процедурної справедливості* є: 1) існування незалежного критерію того, що є чесним розподілом; цей критерій визначається окремо від процедури і перед нею; 2) можливість створення такої процедури, що запевне дасть бажаний наслідок; істотне тут те, що існує певна незалежна норма для визначення справедливого наслідку й процедури, що гарантує його досягнення. Тож, зрозуміло, що абсолютна процедурна справедливість рідкісна, якщо не неможлива [31, с. 132], у тому числі і при тлумаченні норм права.

У свою чергу, правила *неабсолютної процедурної справедливості* лише сприяють досягненню справедливого результату внаслідок дотримання процедури, проте не гарантують його [24, с. 58]. Неабсолютна процедурна справедливість дуже яскраво виявляється при тлумаченні норм права, оскільки інтерпретатор усвідомлює мету своєї діяльності, передбачає її результат, але недосконалість засобів пізнання не завжди дозволяє досягти цієї мети. Інакше кажучи, ті способи тлумачення і правила їх застосування, що вироблені теорією та практикою інтерпретації, не в усіх випадках здатні привести інтерпретатора до справедливих висновків.

Суто процедурна справедливість полягає в самій коректній або справедливій процедурі та не передбачає існування незалежного критерію для правильного результату. У цьому разі справедливим визнається будь-який результат, отриманий за умови додержання процедури. Проте це справедливість права, а не його тлумачення. На нашу думку, суто процедурна справедливість незастосовна при інтерпретаційній діяльності, оскільки визнання виключно справедливого процесу без мети отримання справедливого результату перетворює тлумачення на суто формалізовану діяльність, єдиною метою якої є забезпечення

¹ Зокрема, у Рішенні у справі щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 63 Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» від 13.05.2015 № 4-рп/2015 були з'ясовані позиції Президента, Голови Верховного Суду, Пенсійного фонду, провідних наукових установ, а також Всеукраїнського громадського об'єднання «Комітет по захисту прав військовослужбовців та працівників Міністерства внутрішніх справ і Служби безпеки України “За справедливість”».

досконалої процедури. Крім того, у випадку справедливого тлумачення несправедливої норми не можна отримати справедливих результатів. Скажімо, певний нормативно-правовий акт створює умови, що сприятимуть затягуванню судового розгляду справи, чи встановлює нездійсненні правила перетину державного кордону і при цьому тлумачиться справедливо, очевидно, що не може мати справедливих наслідків свого застосування.

Таким чином, з урахуванням наведеного вище, **принцип справедливості тлумачення норм права** можна визначити як засаду інтерпретаційної діяльності, згідно з якою відповідні норми права мають тлумачитися з урахуванням індивідуальності випадків та потреб конкретної людини, а також спираючись на уявлення про справедливість, сформовані у певний час у певному суспільстві, у результаті якої кожен має отримати належне.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Селлерз М.* Право, розум та емоції / М. Селлерз ; пер з англ. С. Максимова і Н. Сагохіної // Філософія права і загальна теорія права. — 2014. — № 1–2. — С. 209–228.
2. *Філософія права: навч. посіб.* / [О. Г. Данільян, Л. Д. Байрачна, С. І. Максимов та ін. ; за ред. О. Г. Данільяна]. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 272 с.
3. *Радбрух Г.* Філософія права / Г. Радбрух ; пер. з нім. Є. Причепія, В. Приходько. — К. : Тандем, 2006. — 316 с.
4. *Луцький І. М.* Справедливість як філософсько-правова засада українського державотворення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / І. М. Луцький. — К., 2005. — 17 с.
5. *Тарасишина О. М.* Справедливість і толерантність у сучасному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. М. Тарасишина. — Одеса, 2008. — 19 с.
6. *Васильчук В. О.* Справедливість як категорія права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / В. О. Васильчук. — Львів, 2013. — 20 с.
7. *Краткий философский словарь* / [под ред. А. П. Алексеева]. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М. : Проспект, 2002. — 496 с.
8. *Новый энциклопедический словарь.* — М. : Больш. Рос. энцикл.: РИПОЛ классик, 2004. — 1456 с.
9. *Мишель А.* Идея государства. Критический опыт истории социальных и политических теорий во Франции со времени революции / А. Мишель. — М. : Издат. дом «Территория будущего», 2008. — 536 с.
10. *Надежин Г. Н.* Доктринальное толкование норм права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Надежин Георгий Николаевич. — Нижний Новгород, 2005. — 218 с.
11. *Бараташвили Д. Т.* Принципы официального юридического толкования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Бараташвили Давид Теймуразович. — Ярославль, 2005. — 181 с.
12. *Харт Х. Л. А.* Концепция права / Х. Л. А. Харт ; пер. з англ. Н. Комарової. — К. : Сфера, 1998. — 236 с.
13. *Ильин И. А.* Теория права и государства / И. А. Ильин / [под ред. и с предисл. В. А. Томсинова]. — М. : Зерцало, 2003. — 400 с.
14. *Словник.net.* Непредвзятость [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.slovnyk.net/index.php?swrd=%ED%E5%F3%EF%E5%F0%E5%E4%E6%E5%ED%E8%E9>
15. *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова ; Рос. АН; Рос. фонд культуры. — М. : АЗЪ, 1995. — 928 с.

16. *Словник* синонімів Полюги. Безпристрасний [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://slovopedia.org.ua/31/53393/27402.html>
17. *Крысин Л. П.* Толковый словарь иноязычных слов / Л. П. Крысин. — М. : Эксмо, 2005. — 944 с.
18. *Гаврилов Д. А.* Правоприменительное толкование : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Гаврилов Дмитрий Анатольевич. — Волгоград, 2000. — 235 с.
19. *Циппеліус Р.* Філософія права : підручник / Р. Циппеліус ; пер. з нім. Є. М. Перепічія, Л. А. Ситниченко, С. В. Пролеєва. — К. : Тандем, 2000. — 300 с.
20. *Иеринг Р. фон.* Цель в праве. Избр. труды : в 2 т. : пер. с нем. / Р. фон Иеринг. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. — Т. 1. — С. 87–436.
21. *Бернхем В.* Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем ; пер. з англ. — К. : Україна, 1999. — 554 с.
22. *Моул Н.* Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6. Право на справедливое судебное разбирательство: прецеденты и комментарии / Н. Моул, К. Харби, Л. Б. Алексеева. — М. : Рос. акад. правосудия, 2001. — 143 с.
23. *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора : учеб. пособие для вузов / А. Ф. Черданцев. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — 381 с.
24. *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія / С. П. Погребняк. — Х. : Право, 2008. — 240 с.
25. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 № 15-рп/2004 // Офіц. вісн. України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.
26. *Аренс Г.* Юридическая энциклопедия или органическое изложение науки о праве и государстве, на основании принципов этической философии права : пер. с нем. / Г. Арэнс. — М. : Тип. А. Семена, 1863. — 528 с.
27. *Рабінович П.* Конституція України як «живий інструмент» відображення та регулювання соціальних змін (у світлі практики вітчизняного конституційного судочинства) / П. Рабінович, В. Гончаров // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2011. — № 2 (65). — С. 3–14.
28. *Гончаров В. В.* Офіційне тлумачення юридичних норм як засіб встановлення і трансформації їх змісту : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Гончаров Володимир Вікторович. — Львів, 2012. — 228 с.
29. *Европейское право* : учеб. для вузов / С. В. Водолагин, Е. Ю. Козлов, А. А. Наку, Г. П. Толстопятенко и др. ; под общ. ред. Л. М. Энтина. — М. : Норма, 2000. — 720 с.
30. *Основи права* Європейського Союзу : нормат. матеріали / за заг. ред. М. В. Буроменського. — Х. : Яшма, 2005. — 236 с.
31. *Ролз Дж.* Теорія справедливості : пер. з англ. / Дж. Ролз. — К. : Основи, 2001. — 822 с.

Прийма С. В. Принцип справедливості тлумачення норм права

Анотація. У статті здійснена загальнотеоретична характеристика принципу справедливості тлумачення норм права як засади інтерпретаційної діяльності, згідно з якою норми права мають тлумачитися з урахуванням індивідуальності випадків та потреб конкретної людини, а також спираючись на уявлення про справедливість, сформовані у певний час у певному суспільстві, у результаті якої кожен має отримати належне. Наголошується, що справедливість є стрижневою категорією для усієї державно-правової сфери, про що свідчить її нерозривний зв'язок із правом, намагання влади спиратися на неї, закріплення її в конституційних нормах

багатьох країн тощо. У статті висловлена думка, що принцип справедливості є арбітром при тлумаченні інших принципів, який підтримує міру рівноваги правових цінностей і виступає критерієм у разі їх конфлікту. Також обґрунтовується, що принцип справедливості висуває низку вимог: неупередженості, урахування конкретності відносин та індивідуальності осіб, одноманітності. У контексті тлумачення права розглядаються формальний, змістовний і процедурний аспекти справедливості.

Ключові слова: справедливість, принцип інтерпретації права, тлумачення принципів, неупередженість, одноманітність.

Прийма С. В. Принцип справедливости толкования норм права

Аннотация. В статье осуществлена общетеоретическая характеристика принципа справедливости толкования норм права как основы интерпретационной деятельности, согласно которой нормы права должны толковаться с учетом индивидуальности случаев и потребностей конкретного человека, а также основываясь на представлениях о справедливости, сформированных в определенное время в определенном обществе, в результате которой каждый должен получить надлежащее. Подчеркивается, что справедливость является стержневой категорией для всей государственно-правовой сферы, о чем свидетельствуют ее неразрывная связь с правом, стремления власти опираться на нее, закрепление ее в конституционных нормах многих стран и т. д. В статье высказана мысль, что принцип справедливости является арбитром при толковании других принципов, который поддерживает равновесие правовых ценностей и выступает критерием при их конфликте. Также обосновывается, что принцип справедливости выдвигает ряд требований: непредвзятости, учета конкретности отношений и индивидуальности лиц, единообразия. В контексте толкования права рассматриваются формальный, содержательный и процедурный аспекты справедливости.

Ключевые слова: справедливость, принцип интерпретации права, толкование принципов, непредвзятость, единообразие.

Priyma S. Principle of Justice of Interpretation of Legal Rules

Summary. The article is devoted to the general theoretic characteristic of the principle of justice of legal interpretation that is the basis of interpretation activity, in accordance with which the legal rules must be interpreted, taking into account individuality of cases and needs of a concrete man, also founding on the ideas of justice, formed in certain time in certain society, so as everybody has to get that is carried out. It is emphasized that justice is a core category for the whole public law sphere that is testified by its inseparable connection with the law, aspirations of the government to lean on it, as well as its fixing in the constitutional norms of many countries etc. Principle of justice is considered in the article both as an arbiter which supports the balance of legal values while interpreting other principles and as a criterion whether conflict between these legal principles is pulled out. It is also grounded, that principle of justice postulate a number of requirements: impartiality, consideration of specification of relations and individuality of persons, uniformity.

Key words: justice, principle of interpretation of legal rules, interpretation of principles, impartiality, uniformity.

ДО ПИТАННЯ ФІЛОСОФСЬКОГО ОСМИСЛЕННЯ ТА ПРАВОВОГО ВИЗНАННЯ ЛЮДСЬКОЇ ГІДНОСТІ

О. ГРИЩУК
*доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*



Проблема взаємозв'язку людини і права є однією з найбільш актуальних у філософії права. Вона включає в себе дослідження сутності, природи та призначення людини, її сучасного та майбутнього буття, а також особливостей буття права, розуміння його змісту та структури. Особливістю права є те, що воно, з одного боку, впливає із сутності людини, є результатом гармонізації між її біологічним, соціальним та духовним буттям та формується в результаті діяльності, спрямованої на впорядкування суспільних відносин. З другого боку, право формує ті умови і способи життєдіяльності, які об'єктивно необхідні для нормального існування людини, функціонування суспільства і держави. Отже, людина формує у своїй свідомості право як ідеальну модель, прагнучи, в той же час, відповідати цій моделі. Такий взаємозв'язок на сьогодні можна вважати вирішальною та визначальною умовою прогресивного розвитку суспільства в цілому, конкретної людини і права як ефективного регулятора суспільних відносин. Саме тому важливим є дослідження підстав, які визначають високозначуще місце права в людському бутті. Справедливим видається шукати ці підстави в людській гідності.

Розвиток ідеї людської гідності у всі часи був онтологічно пов'язаний із людиною та її правами. Людська гідність тлумачилась як прояв природи людини, її духовного начала, а тому розглядалась як підґрунтя, базис природного права. Вже в епоху Античності людська гідність пов'язувалась із правосуб'єктністю людини і включала в себе дві складові: гідність члена співтовариства та гідність громадянина, що вело до утвердження самоцінності людини як такої, незалежно від соціального статусу. Розвиток ідеї людської гідності від гідності роду, гідності громадянина, як суспільної цінності і до самоцінності людини був центральним напрямом у розвитку філософії того часу.

Розуміння античними філософами зв'язків справедливості і права, суспільного життя особи як однієї з умов здійснення нею своєї свободи, ролі сім'ї в державі набули нового глибинного змісту в контексті християнської духовності.

Християнство здійснило переворот у ставленні до людини, проголосивши рівність людей перед єдиним Богом, незалежно від соціального становища і національності. Гідність людини розумілась крізь призму того, що вона першопочатково містить у собі образ Бога. В епоху Ренесансу відбувся перехід до ідей самоцінності людини та людської гідності крізь призму філософії гуманізму. Розуміння самостійності з'єднувалося з ідеєю громадянськості як складової гідності людини, посилювало гуманістичні течії в католицизмі, а згодом і в протестантизмі.

Характерною особливістю розуміння ідеї гідності в епоху Нового часу стала моральна реабілітація людини, обґрунтування її суверенності як морального суб'єкта і утвердження її прав. Епоха характеризувалася зростанням самосвідомості націй, антистановими та революційними проявами. Виникла нова політична сила — буржуазія, котра активно відстоювала ідеї свободи, рівності, братства, цінність нації та республіки. Посилювалися прагнення створити умови, коли б людина меншою мірою залежала від визнання станової або родової повноцінності. Мірилом гідності людини все більш ставало не стільки місце і умови народження, скільки приналежність до людського роду. Збільшувались вимоги до зміцнення гарантій гідності, створюваних державою. Починається більш повне визначення загальних ознак гідності людини, а також виділення прав людини першого покоління, які були зосереджені на індивідуальних громадянських і політичних правах, гарантуванні індивідуальної свободи.

У німецькій класичній філософії значний внесок у розвиток поняття людської гідності зробив І. Кант, який тлумачив гідність трансцендентально, безвідносно до досвіду. Він першим спробував розкрити людську гідність через внутрішню свободу людини як таку, що впливає з гуманітарно-родової рівності людей, — саме тому людська гідність розглядається як результат еволюції людини. І. Кант протиставляв поняттю гідності категорію ціни: «у царстві цілей все має або ціну, або гідність. Те, що має ціну, може бути замінене також і чимось іншим як еквівалентом; те, що вище всякої ціни, тобто не допускає ніякого еквіваленту, володіє гідністю» [1, с. 277]. Таким чином, володіти людською гідністю означає бути унікальною і неповторною особистістю, яка причетна до справжньої моральності і здатна зробити максимум своєї поведінки об'єктивним законом волі для всіх інших людей.

Значний внесок у розвиток концепції людської гідності зробив Дж. Ролз, який вважав, що почуття власної гідності (самоповага) є важливим первинним благом і включає два аспекти: 1) вона включає відчуття людиною власної значимості, її тверде переконання в тому, що її концепція власного блага, життєвого плану заслуговує реалізації. При цьому має значення наявність раціонального життєвого плану, який відповідає аристотелівському принципу і передбачає реалізацію природних здібностей. Крім того, важливою є переконаність у тому, що сама особа і її справи є схваленими іншими людьми, які так само користуються повагою і асоціація з якими є бажаною; 2) самоповага включає впевненість у власних здібностях, оскільки людина має владу виконувати власні наміри. Якщо особа відчуває малоцінність власних планів, вона не може виконувати їх із задоволенням, отримувати задоволення від їх виконання, а також продовжувати починання у випадку невдачі, що викликає апатію і цинізм. Таким чином, кожна особа прагне уникнути таких соціальних умов, які підривають її самоповагу (почуття власної гідності) [2, с. 159].

Згідно з концепцією Ю. Габермаса, нормативним джерелом сучасних прав людини є ідея людської гідності, яка вкорінена в універсальному змісті моралі. Права людини розглядаються як такі, що повинні служити захисту людської гідності. Це має своєю необхідною конотацією, з одного боку, самоповагу, а з другого — соціальне визнання міжнародного статусу демократичної держави. Звідси випливає співвідношення людської гідності з реалістичною утопією, необхідною метою якої є здійснення соціальної справедливості, яка притаманна інститутам демократичної держави [3, с. 66].

Людська гідність, як багатоаспектна цінність людини, глибоко проникла у зміст права. Ознаки і якості, що характеризують та визначають людську гідність, становлять основу прав і свобод людини, її правового статусу. Права людини є формою виразу особистісної цінності (цінності для людини) природного права. Фактично існуючі соціальні можливості людини визнаються її правами на протипагу існуючому юридичному статусу людини. Без цього певного протиставлення, без необхідності тлумачення соціальних можливостей з точки зору справедливого та ідеального питання прав людини втратило б свою актуальність. Сутність прав людини полягає у визначенні певного мінімуму загальнолюдських вимог до правового і соціального статусу людини, який є необхідним для її нормального існування. Права людини не можуть гарантувати справедливості чи добробуту, однак вони захищають від приниження людської гідності.

У зв'язку з цим велике значення має регламентація ідеї людської гідності у позитивному праві та створення дієвих механізмів їх охорони і захисту. Ідея непорушності прав і свобод, їх рівності та невід'ємності відображає споконвічне прагнення людства до знищення всіх форм насильства, експлуатації і пригноблення, прагнення до співіснування, заснованого на принципах справедливості, демократизму та гуманізму. Однією із сучасних тенденцій розвитку прав людини виступає універсалізація концепції прав людини, поширення її на все більшу кількість держав, збільшення питомої ваги загальнолюдського у змісті прав, закріплених у правових актах різних держав світу.

Сучасна система захисту людської гідності та прав людини бере початок з утворення ООН. У преамбулі Статуту цієї організації йдеться про рішуче прагнення народів Об'єднаних Націй утвердити віру в основні права людини та гідність і цінність особи. У Загальній декларації прав людини (1948) [4] звернення до людської гідності має місце шість разів. Серед них можна виділити:

1. Загальне чи абстрактне звернення до людської гідності. Застосовується з метою виділення основних соціальних цінностей і засад функціонування суспільства. Зокрема, у преамбулі Загальної декларації вказано, що визнання гідності, притаманної всім членам людської сім'ї та рівних і невід'ємних їх прав, є основою свободи, справедливості та загального миру в усьому світі. Підкреслено, що народи ООН підтвердили свою віру в основні права людини та гідність і цінність людської особи.

2. Нормативне звернення до людської гідності визначає систему ідеальних або бажаних соціальних зв'язків, які лежать в основі взаємовідносин між людьми. Так, ст. 1 вказує, що всі люди народжуються вільними й рівними за своєю гідністю та правами. Вони наділені розумом і совістю та повинні діяти один стосовно одного в душі братерства.

3. Позанормативне, або таке, що застосовується для реалізації чи закріплення конкретних прав людини. Зокрема, ст. 5 вказує, що ніхто не повинен зазнавати тортур або жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує людську гідність, ставлення чи покарання. Стаття 22 закріплює право кожної людини на соціальне забезпечення, а також на реалізацію необхідних для підтримки її гідності й вільного розвитку особистості прав у економічній, соціальній і культурній сферах. Стаття 23 закріплює право кожного, хто працює, на справедливий і задовільний винагороду, яка забезпечує гідне людині існування [5, с. 266].

Це знайшло свій розвиток у преамбулах до Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права (1966) [6] і Пакту про громадянські і політичні права (1966) [7], які проголошують, що всі права людини «випливають із властивої людській особі гідності». З такого формулювання виходить кілька істотних висновків: людська гідність розглядається як джерело прав людини, тобто підноситься на рівень принципу права; людська гідність належить кожному, незалежно від законодавчого закріплення; право людини на гідність випливає з принципу людської гідності.

Крім того, Пакт про громадянські і політичні права передбачає у ст. 7, що нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або принижуючому гідність поведженню чи покаранню, а ст. 10 закріплює, що «всі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поведження і поважання гідності, властивої людській особі».

У межах ООН було прийнято низку правових актів, котрі торкаються окремих видів порушень прав людини, зокрема, расової дискримінації, дискримінації жінок, дітей, геноциду, заборони катувань. У цих актах застосування поняття «людська гідність» відбувається у два способи: відсилне застосування (має місце у випадку посилання у преамбулах міжнародних правових актів на відповідні формулювання Загальної декларації прав людини); безпосереднє застосування поняття, здебільшого нормативне чи позанормативне. Зокрема, Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поведження та покарання [8] містить звернення до гідності, властивої людській особі, як джерела прав і свобод людини, заборону вчинення протиправних дій, що принижують людську гідність, а також дає роз'яснення понять, які пов'язані з протиправними діями (наприклад поняття «катування»).

В Європі розвиток механізму захисту людської гідності та прав людини пов'язують із прийняттям Конвенції про захист прав людини і основних свобод (1950) [9] та з діяльністю (прецедентним правом) Європейського суду з прав людини. Так, ст. 3 Конвенції зазначає, що нікого не може бути піддано «катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню або покаранню». Вказана стаття встановлює безумовну заборону катувань, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поведження й покарання, або «поганого поведження», як узагальнено його визначає Європейський суд з прав людини. На відміну від більшості норм у сфері захисту прав людини, ця заборона не знає відступів за жодних обставин, і її порушення не може бути виправданим.

Роз'яснення змісту деліктів, передбачених ст. 3 Європейської конвенції, міститься у рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Данія, Франція, Норвегія, Швеція та Нідерланди проти Греції» (1969 р.). Суд визначає такі ступені забороненого поведження з людиною: нелюдське поведження або покарання (таке поведження, яке навмисно спричинює тяжке розумове чи

фізичне страждання, що за даних обставин є не виправданим); поведження або покарання, що принижує гідність (поводження, яке грубо принижує особу перед іншими або примушує її діяти всупереч власній волі чи власним переконанням). У справі «Ірландія проти Сполученого Королівства» (1978) Європейський суд вніс деякі корективи до цих визначень, зазначивши, що: катування — це нелюдське поведження, яке здійснюється навмисно і призводить до дуже серйозних і тяжких страждань; нелюдське поведження чи покарання — це спричинення сильних фізичних та душевних страждань; поведження, що принижує гідність — це знущання, які мають на меті викликати у жертви почуття страху, страждання і почуття власної неповноцінності, а також принизити її гідність та зламати її фізичний і моральний опір [10, с. 13].

Таким чином, не викликає сумнівів, що метою ст. 3 Конвенції є захист гідності, фізичної та психічної недоторканності особи. Сьогодні домінуючою є точка зору, що у своїх рішеннях щодо застосування як ст. 3 Конвенції, так й інших статей цього документа, коли постає питання про повагу до людської гідності, Суд не ставить за мету розкрити її сутність, а лише визначає, чи справді діяння представників держави заперечили її стосовно конкретного заявника. Однак у кожному рішенні щодо застосування цієї статті, а також її співвідношення з іншими статтями Конвенції можна простежити підходи Суду до розуміння суті людської гідності як найвищої цінності людини, яке він здійснює через тлумачення положень Конвенції у світлі конкретних обставин справи.

Це набуває великого значення крізь призму права громадянина України на звернення до Європейського суду з заявою проти України у випадку, коли заявник вважає, що національне правосуддя не захистило чи не поновило його порушеного права. Крім того, 30 березня 2006 р. набув чинності Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [11], який визнає практику Європейського суду джерелом права України і встановлює обов'язкове здійснення перевірки чинних законів і підзаконних актів на відповідність Конвенції та практиці Суду.

Законодавство України приділяє значну увагу людській гідності та правам і свободам людини. Так, звернення до поняття «людська гідність» у Конституції України [12] зустрічаємо, зокрема: у Преамбулі, де зазначено про необхідність «забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя»; у ст. 3: «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю»; у ст. 21: «усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах»; у ст. 28 вказано, що кожен має «право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню»; у ст. 41: «використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян»; у ст. 68, яка передбачає обов'язок кожного «не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей»; у ст. 105, яка передбачає відповідальність за посягання на честь і гідність Президента України. Відповідно до змісту цих статей, дотримання, утвердження і забезпечення людської гідності і прав людини є фундаментальною конституційною засадою в Україні.

У Цивільному кодексі України [13] гідність визнано особистим немайновим благом, яке охороняється цивільним законодавством (ст. 201). Стаття 297 передбачає право на повагу, недоторканність та судовий захист гідності та честі фізичної особи. У статті 23 регламентовано право особи на відшкодування

моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Зазначено, що моральна шкода полягає, зокрема, у приниженні честі та гідності фізичної особи.

Кримінальний кодекс України [14] передбачає відповідальність за злочини проти волі, честі та гідності особи (розд. 3). Кримінальний процесуальний кодекс України [15] вказує, що повага до людської гідності є загальною засадою кримінального провадження (ст. 7) та зазначає, що під час кримінального провадження має бути забезпечена повага до людської гідності, прав і свобод кожної особи (ч. 1 ст. 11). Також забороняється під час кримінального провадження піддавати особу катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню, вдаватися до погроз застосування такого поводження, утримувати особу у принизливих умовах, примушувати до дій, що принижують її гідність (ч. 2 ст. 11). Крім того, визначено, що кожен має право захищати усіма засобами, що не заборонені законом, свою людську гідність, права, свободи та інтереси, порушені під час здійснення кримінального провадження (ч. 3 ст. 11). Зміст цих статей охоплює основні сучасні приватно-правові та публічно-правові особливості регламентації людської гідності у праві.

Таким чином, людська гідність є постійно змінюваним суспільним явищем. Її сутність може бути теоретично виражена лише поняттями, що розвиваються, перетворюються, змінюють одне одного [16, с. 12]. Поряд з цим людська гідність є базовою соціальною цінністю, оскільки ґрунтується на автономії людини. Автономія є основою для формування особи на засадах раціонального вибору можливих дій, способу життя загалом, керуючись власною системою цінностей та власними ціннісними орієнтаціями. За таких умов людина творить себе сама, визнає відповідальність за своє життя та можливість робити з ним усе на власний розсуд. Автономна особа, яка має чітко виражену індивідуальність, чіткий життєвий план, сформовані погляди на життя, власну систему цінностей, здійснює зважений самостійний вибір, є носієм гідності. Саме автономія вирізняє людину з-поміж інших форм буття, формує ідеал, до якого слід прагнути кожній людині. Таким ідеалом виступає людська гідність, природа якої є двоякою: з одного боку, людська гідність втілює всі найкращі ціннісні здобутки людства, виражає рівень гуманістичного розвитку автономної людини як родової істоти; з другого боку, людська гідність вчиняє прямий і безпосередній вплив на кожну людину, впливаючи на її поведінку через базові цінності суспільства, формуючи її погляди на життя, формуючи особисту систему цінностей, ціннісні орієнтації і, таким чином, зумовлює та формує особисту гідність кожної людини.

Ідея людської гідності пов'язується із цінністю людини та оцінкою її значення і місця в суспільстві та державі. Саме оціночний момент у вигляді моральної чи правової оцінки є суттєвим засобом впливу на поведінку людини, на основі якого формуються еталон вимог, що виставляється до дій людей у конкретній ситуації з конкретного приводу. Ці вимоги стають особистими нормами дій лише у випадку, коли вони забезпечуються перш за все внутрішнім переконанням людини в їх корисності, вигідності, цінності як для неї самої, так і для інших людей.

Вищенаведене дає можливість розглядати людську гідність як самоцінність та суспільну значущість людини, яка визначається існуючими рівнем суспільних відносин, загальносуспільними уявленнями про свободу, справедливість, рівність та виступає джерелом прав і свобод людини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кант І.* Сочинення : в 6 т. / І. Кант. — М., 1963–1966. — т. 4, ч. 1. — 543 с.
2. *Ролз Дж.* Теорія справедливості / Дж. Ролз. — Новосибірськ : Изд-во Новосиб. ун-та, 1995. — 507 с.
3. *Хабермас Ю.* Концепт людського достоїнства і реалістическа утопія прав людини / Ю. Хабермас // *Воп. філософії.* — 2012. — № 2. — С. 66–80.
4. *Загальна декларація прав людини* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015. — Назва з екрана.
5. *Грищук О. В.* Людська гідність у праві: філософські проблеми / О. В. Грищук. — К. : Атіка, 2007. — 432 с.
6. *Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_042. — Назва з екрана.
7. *Міжнародний пакт про громадянські і політичні права* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043. — Назва з екрана.
8. *Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_085 — Назва з екрана.
9. *Конвенція про захист прав людини і основних свобод* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004 — Назва з екрана.
10. *Гом'єн Донна.* Короткий путівник по Європейській конвенції з прав людини / Гом'єн Донна. — Львів : Кальварія, 2000. — 172 с.
11. *Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15> — Назва з екрана.
12. *Конституція України* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> — Назва з екрана.
13. *Цивільний кодекс України* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15> — Назва з екрана.
14. *Кримінальний кодекс України* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> — Назва з екрана.
15. *Кримінальний процесуальний кодекс України* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> — Назва з екрана.
16. *Придворов Н. А.* Достоїнство личности и права / Н. А. Придворов. — М. : Юрид. лит., 1977. — 134 с.

Грищук О. В. До питання філософського осмислення та правового визнання людської гідності

Анотація. Стаття присвячена проблемі філософського осмислення та правової регламентації людської гідності. На підставі аналізу сучасної наукової літератури, міжнародних і національних правових актів та практики їх застосування доведено, що ідею людської гідності слід пов'язувати із цінністю людини й оцінкою її значення і місця в суспільстві та державі. Саме оцінний момент у вигляді моральної чи правової оцінки є суттєвим засобом впливу на поведінку людини, на основі якого формується еталон вимог, що виставляються до дій людей у конкретній ситуації з конкретного приводу. Ці вимоги стають особистими нормами дій лише у випадку, коли вони забезпечуються насамперед внутрішнім переконанням людини в їх корисності, вигідності, цінності як для неї самої, так і для інших людей.

Людська гідність розглядається як самоцінність і суспільна значущість людини, що визначається існуючим рівнем суспільних відносин, загальносуспільними уявленнями про свободу, справедливість, рівність та виступає джерелом прав і свобод людини.

Ключові слова: людська гідність, права та свободи людини, свобода, справедливість, рівність.

Грищук О. В. К вопросу о философском осмыслении и правового признания человеческого достоинства

Аннотация. Статья посвящена проблеме философского осмысления и правовой регламентации человеческого достоинства. На основании анализа современной научной литературы, международных и национальных правовых актов и практики их применения доказано, что идею человеческого достоинства следует связывать с ценностью человека и оценкой его значения и места в обществе и государстве. Именно оценочный момент в виде моральной или правовой оценки является существенным средством влияния на поведение человека, на основании которого формируется эталон требований, предъявляемых к действиям людей в конкретной ситуации по конкретному поводу. Эти требования становятся личными нормами действий только в том случае, когда они обеспечиваются прежде всего внутренним убеждением человека в их полезности, выгоды, ценности как для него самого, так и для других людей.

Человеческое достоинство рассматривается как самоценность и общественная значимость человека, которая определяется существующим уровнем общественных отношений, общественными представлениями о свободе, справедливости, равенстве и является источником прав и свобод человека.

Ключевые слова: человеческое достоинство, права и свободы человека, свобода, справедливость, равенство.

Hryshchuk O. Revisiting the Philosophical Reflection and Legal Recognition of Human Dignity

Summary. The philosophical understanding of human dignity and its legal regulation are discussed in the article. On the basis of the analysis of contemporary scientific literature, international and national regulations and practice it is established that the idea of human dignity should be connected with a value of a person and evaluation of his/her importance and his/her place in society and in the state. This evaluation aspect in the form of moral or legal appreciation is a substantial means of influence on human behavior, on the basis of which the model requirements to a man in a particular situation in a particular matter are formed. These requirements become personal norms of action only if they are supported by internal belief of a person that they are useful, beneficial, and valuable both for oneself and for the other people.

Human dignity is considered as an intrinsic value and a social importance of a man that is defined by the existing level of public relations, common vision of freedom, justice, equality and finally acts as a source of rights and freedoms.

Key words: human dignity, human rights and freedoms, freedom, justice, equality.

АКСІОЛОГІЧНА КРИЗА ПРАВОВОЇ ІДЕОЛОГІЇ СУЧАСНОЇ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ



Б. МАЛИШЕВ
*доктор юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

У теоретико-правовій літературі щодо тематики правової ідеології переважає догматичний підхід, що полягає в обговоренні загальних питань дефініції цього явища, структури правової ідеології та її місця у суспільній правосвідомості. Звісно, подібна постановка питання має доволі потужний гносеологічний потенціал, який, до речі, не можна вважати вичерпаним наявними дослідженнями. Так, питанням правової ідеології присвятили свої роботи чимало вітчизняних вчених (Д. Єрмоленко, А. Луцький, М. Недюха, О. Ситник, В. Толстенко, А. Шевченко тощо).

Втім, на нашу думку, настав час звернутися до аналізу правової ідеології у контексті емпіричних фактів у розвитку правової системи України для відпрацювання науково обґрунтованих тез, які б відповідали реаліям та сприяли виробленню напрямів модернізації правового регулювання в нашій державі. Видається, саме такий стиль визначення завдань і має бути метою науки, орієнтованої на потреби суспільства, а не на потреби самої себе. Отже, суттєво підвищиться і актуальність тематики правової ідеології, хоча і зараз ніхто з вчених не наважиться заперечувати визначну роль ідеології у функціонуванні правової сфери життя суспільства.

Метою цієї статті є аналіз факторів, що характеризують сучасну правову ідеологію української держави.

Від самого початку необхідно наголосити на істотних відмінностях правової ідеології від політичної ідеології. Удосконалюючи тезу М. Недюхи [1, с. 300], вкажемо, що правова ідеологія уособлює *консенсус* між суспільством і державою, який досягається на засадах осягнення сутності гарантованої державою норми права, тоді як політична ідеологія є інструментом конкурентної *боротьби* за владу між різними політичними силами. Звідси ясно, чому з думкою про необхідність «деідеологізації» права можна цілком погодитися лише у випадках, коли правова ідеологія є складовою моністичної політичної ідеології, що має місце у тоталітарних державах.

Правова ідеологія є значно більш стабільним та складним явищем, ніж політична ідеологія. Правова ідеологія великою мірою продукується найширшими

верствами населення, походить від правової культури суспільства, пронизує всю діяльність правозастосовчих органів, систему юридичної освіти, відображає суспільне ставлення до прав людини і вибору шляхів вирішення конфліктів. У той час як політична ідеологія є результатом діяльності окремих впливових політичних сил та їх лідерів, вмілої агітації, харизми та критики опонентів у боротьбі за владу. У нерозвинутих політичних системах ідеологія впливових партій часто має вигляд довільного набору популярних у населення ідей, які не пов'язані між собою та не мають механізмів для впровадження.

З аналізу наявних публікацій визнаних фахівців із права випливає, що правова ідеологія складається з теорій, концепцій, уявлень, тверджень, аксіом про сутність державно-правової реальності, а також про цілі і цінності правового регулювання і основні напрями його розвитку. Як бачимо, більшість складових правової ідеології так чи інакше мають науковий характер. Утім це не означає, що правова ідеологія обов'язково повинна мати наукове походження. Складові правової ідеології відображають відповідні настрої у суспільстві, які виникають та змінюються під впливом моральних, соціальних, історичних, релігійних та інших чинників. Вага правових ідей та концепцій, які не оформлені у науковій формі і жодним чином не осмислені науковцями, може бути досить значною. Особливо яскраво це виявляється на прикладі мотивувальних частин певних визначальних для правової системи рішень вищих судових інстанцій, які самі по собі стають елементами правової ідеології, не будучи при цьому проаналізованими з точки зору наукових підходів. Отже, складові частини правової ідеології генерує як юридична практика, так і юридична освіта та наука. Втім лише науково осмислені юридичні ідеї мають шанс зайняти своє місце у структурі правової ідеології.

Юридична наука, з одного боку, живить ідеями та концепціями правову ідеологію, які виявляє у суспільстві, юридичній практиці, світовій культурній спадщині. З другого боку, юридична наука сама певною мірою є частиною правової ідеології, яка впливає на населення через систему освіти та правотворчої діяльності. Звісно ж, що до складу правової ідеології входять лише найбільш усталені, визначальні та широко визнані наукові положення.

Крім того юридична наука є тим механізмом, який покликаний забезпечувати суспільство від надмірного впливу держави, тобто наука має відображати основні потреби, інтереси, які є спільними для більшої частини суспільства. При цьому не треба забувати, що в авторитарних державах юридична наука задалегідь обмежена певними методологічними рамками і її завданням виступає не об'єктивне пізнання юридичних явищ, а виконання ролі інструменту впливу владної еліти, важливим каналом виконання її завдань.

Безумовно, правова ідеологія є складовою частиною механізму правового регулювання, адже вплив правових приписів на суспільство завжди пов'язаний із правовими ідеями, ідеалами, уявленнями, праворозумінням. Втім, у цьому зв'язку виникає питання про роль держави у формуванні правової ідеології.

Як і будь-яке інше соціальне явище, складові частини правової ідеології мають своїм джерелом передусім суспільні відносини. Проте роль держави є більш ніж значною. Незважаючи на автономність юридичної науки від державної інформаційної політики, правники-науковці не можуть ігнорувати ідеологічні імпульси, які так чи інакше обов'язково виходять від державної влади. Адже, по-перше, однією із основних тематик наукових досліджень у сфері права

є різноманітні прояви діяльності державної влади у правовій формі. По-друге, так чи інакше, зустріч звичайної людини з правом дуже часто по суті є контактом із представником держави (правоохоронцем, працівником Пенсійного фонду, співробітником контролюючих та дозвільних органів, суддею тощо). По-третє, якщо мова йде про правову ідеологію, то маються на увазі передусім домінуючі у певному суспільстві уявлення про право та про шляхи його розвитку. Є очевидним, що за загальним правилом (яке може мати винятки, наприклад, у релігійних правових системах, або у правових системах під час революційної зміни державного ладу) будь-яка юридична концепція чи певне розуміння глобального правового принципу або аксіологічного постулату можуть бути визнані частиною правової ідеології лише після втілення їх положень державою в закони і практику їх застосування знову ж таки державними органами.

Фактично про те саме веде мову і Ю. Калиновський, який вказує, що тип панівної в суспільстві правосвідомості визначається так, як розуміють право актори правовідносин з правотворчості та правозастосування [2, с. 14]. Сказане особливо стосується правової ідеології як частини суспільної правосвідомості.

Отже, юридична наука не може і не повинна абстрагуватися від державно-правових реалій. Більше того, вона має їх вивчати задля надання відповідних рекомендацій, співвіднесення з традиціями, новаціями суспільного розвитку тощо.

Правова ідеологія не існує без відповідної підтримки з боку держави за винятком кризових станів і масштабних соціальних конфліктів, коли основні постулати і цінності, що продукуються ідеологічною функцією держави і відображаються у діях її органів, категорично не сприймаються суспільством, в якому панують зовсім протилежні концепції та судження.

Деякі вчені навіть ведуть мову про те, що правова ідеологія є складовою частиною так званої ідеології державної демократії [3].

Якщо вести мову про Україну, то за всю новітню історію (з 1991 р.) державна влада ніколи чітко не визначала та послідовно і комплексно не притримувалася певних юридичних орієнтирів, які можна було б назвати складовою частиною правової ідеології. Можливо, це судження може здаватися занадто радикальним, втім, інші вчені також прямо вказують на відсутність в Україні повноцінної правової ідеології [4, с.12].

На зламі 1990-х рр. радянські ідеологічні постулати вітчизняною правовою системою були відкинуті зі зміною суспільно-політичного ладу. Потім певний час серед політиків та науковців було популярно заперечувати важливість правової ідеології через те, що вона є залишком тоталітаризму. Однак теоретичне уявлення про те, що механізм правового регулювання може функціонувати без наявності у держави ідеології у вигляді системи певних правових цінностей і заснованих на них шаблонах діяльності державних органів, не відповідає емпіричній дійсності. Крім того слід бачити значну відмінність між безальтернативними політичними матрицями, які нав'язуються праву правлячою елітою, та адекватною, демократичною правовою ідеологією, яка є «відображенням потреб та інтересів соціальних груп, народів, держави, світового співтовариства в цілому» [5, с.19].

Зрештою на зміну хаосу та залишкам ідей радянського періоду у вітчизняній суспільній правосвідомості поступово починають утверджуватися цінності,

визнані на рівні світового співтовариства, визначені передусім у Загальній декларації прав людини та розроблених відповідно до її положень численних міжнародно-правових актах, що встановлюють стандарти прав людини у різноманітних сферах життя. Саме у міжнародно-правових документах у сфері прав людини і закріплена юридична квінтесенція основних цінностей людства у сфері регулювання суспільних відносин: справедливості, рівності, свободи і гуманізму. За допомогою вітчизняної юридичної науки зазначені цінності набувають вигляду певних теорій, концепцій та аксіом і отримують щороку дедалі більше поширення в освітній і практичній сферах.

Однак, якою мірою результати зусиль науковців відображені у державній політиці, у правотворчості і правозастосуванні? Ця стаття не претендує на те, щоб перелічити ті здобутки вітчизняної юридичної науки, які були успішно сприйняті законодавством і судовою практикою, а тим більше не ставить за мету критично оцінювати вказані здобутки. Проте аналіз емпіричних реалій доводить, що, на жаль, наша держава, її органи здебільшого існують у паралельній реальності не лише відносно новітніх досягнень юридичної науки, а й часто — осторонь основних концепцій, закріплених у міжнародно-правових документах у сфері прав людини.

Так, скажімо, залучення державою науковців до робочих груп з підготовки важливих реформаторських законопроектів та концепцій часто в історії незалежної України мало символічний характер. Крім того слід визнати, що непоодинокими є випадки, коли розпочаті у таких робочих групах наукові дискусії мають надто абстрактний характер, а деякі з них взагалі є схоластичними і не претендують на розв'язання проблеми, що виникла у процесі нормопроєктування. Позиції наукових рад при вищих судових органах також не мають належної ваги для суддів, які часто ухвалюють рішення всупереч обґрунтованим і усталеним науковим позиціям. Роз'яснення, що надаються вищими судовими інстанціями, надзвичайно рідко містять переказ (адаптацію) концептуальних, наукових положень стосовно природи тих чи інших правових інститутів і принципів, обмежуючись простим поясненням окремих норм законів. Такі роз'яснення також, як правило, вкрай мало приділяють уваги викладенню практичної суті міжнародних стандартів у сфері прав людини. Судді, прокурори та слідчі у своїй повсякденній роботі із наукових джерел здебільшого використовують лише науково-практичні коментарі законодавчих актів.

Отже, у вітчизняній правовій системі правова доктрина (як вітчизняна, так і праці іноземних авторів з аналізу міжнародних актів у сфері прав людини та рішень міжнародних судових установ) мінімально впливає на правове регулювання, що звісно, негативно позначається на якості змісту правової ідеології в цілому.

Отже, якщо брати вимір аксіології як найважливіший для правової ідеології, то немає що заперечити В. Селіванову, який зауважує, що вказані цінності продовжують визначатися не стільки морально-етичними засадами та правовими принципами суспільного розвитку, скільки політичною кон'юнктурою, суто прагматичними прагненнями забезпечити владний режим [6, с. 76].

Натомість у правовій ідеології нашої держави цілісні концепції та основні цінності постійно підміняються найбільш примітивними елементами ідеології — так званими «іменами-маркерами». Як вказується у літературі, будь-яка панівна ідеологія виділяє декілька «імен-маркерів». Вони здатні викликати під-

свідоме задоволення від одного їх вимовляння, незалежно від того, яким конкретним змістом такі імена наповнюються, а швидше за все — без будь-якого змістовного наповнення та раціонального осмислення [7, р. 201]. Ще однією назвою таких імен може виступати термін «ідеологема». Науковці відзначають, що ідеологемами є заклики, іміджі, судження, дискурси. Вони базуються на згоді всіх учасників, а не на істинності. Мають відчуття *sensus communis* [8, с. 30].

Для України від середини 2000-х рр. і до цього часу в сфері правового регулювання такими беззмістовними «іменами-маркерами» з боку держави виступають переважно «верховенство права», «правова реформа», «правова держава», «права людини», «європейські стандарти прав людини», «реформа».

Кожен із цих термінів може одночасно позначати доволі протилежні за своєю природою та значущістю для інтересів суспільства явища. Наприклад, для багатьох представників держави верховенство права є банальним верховенством закону, що нівелює взагалі сенс цього терміна. «Реформою» можновладці часто воліють називати не реальні перетворення у функціонуванні державного апарату на засадах прозорості, відсутності корупційо-генних чинників, ефективності, економії коштів та часу у процедурах надання послуг населенню, а лише елементарні зміни в організаційній структурі або назві, які не додають нічого нового у відносини цих органів із населенням. «Правова держава» може позначати як державу, обмежену основоположними правами людини, так і державу, що обмежена лише законами, які вона ж і ухвалює.

При цьому з боку представників держави ми не бачимо великих зусиль, спрямованих на конкретизацію змісту вказаних ідеологем у певних основних тезах, а також наміру послідовного впровадження таких тез у практику діяльності державних органів. Отже, зазначені ідеологеми є зручними для маніпулювання масовою свідомістю, здобуття електоральних симпатій, огульної критики політичних опонентів. Але при цьому ідеологеми з таким «вакуумним» наповненням є зовсім непридатними для використання у діяльності з реальної зміни суспільних відносин.

Чи можна сказати, що зазначеними вище ідеологемами обмежується правова ідеологія в Україні? Звісно, ні. Слід виділити ще декілька чинників, які активно присутні у медіа-просторі, у проектах законів та концепціях розвитку, проголошуються і масштабно впроваджуються у практику суб'єктами, що діють від імені держави, і таким чином безпосередньо впливають на правову ідеологію в Україні.

1. Одним із основних факторів, що впливає на правову ідеологію в Україні, є явно виражений правовий нігілізм державної влади. До складових правового нігілізму в літературі справедливо відносять, зокрема, такі чинники як: відмова від будь-яких складних правових ідей; визнання права і законність похідними від політичної чи прагматичної доцільності; заперечення цінності прав людини; акцентування на виключно репресивних функціях права [9, с. 86–96]. Маємо наголосити, що поширений в Україні правовий нігілізм населення багато в чому є похідним передусім від правового нігілізму влади, а не навпаки.

2. Держава фактично визнала панівним типом праворозуміння позитивізм («право — це закон») часто з ухилом в його найбільш формалістичний вимір. Іноді це породжує спроби врегулювати складні й неоднозначні суспільні ситуації у сфері прав людини таким законодавчим шляхом, який суперечить одночасно всім найважливішим критеріям правомірності тих чи інших дій органів

державної влади: Конституції, міжнародно-правовим договорам, принципам права. Завдяки поширенню такого типу позитивізму, діалектична суперечність у правозастосуванні між буквою закону та духом закону вирішується здебільшого однозначно на користь «букви».

3. Ідея прав людини визнається і певною мірою культивується державою лише у сфері відносин між суб'єктами у приватному секторі, у той же час ідея позитивних зобов'язань держави перед людиною, а також ідея юридичної відповідальності держави перед особою повсякчас відсувається державою з порядку денного на задній план.

4. Такі цілком потенційно релевантні рівню правової ідеології правові явища, як норми першого та другого розділу Конституції, а також принципи регулювання галузей права, встановлені у загальних частинах відповідних кодексів, на практиці суб'єктами правозастосування (передусім суддями) дуже часто ігноруються. Загалом, представникам держави набагато зручніше використати вузьку норму сумнівного з точки зору змісту підзаконного акта, ніж послатися на абстрактне положення Конституції.

5. Правова ідеологія сучасної держави має базуватися на чіткому виборі одного з альтернативних підходів щодо вирішення суспільно значущих питань. Але вітчизняна влада вже більш як два десятиліття не бажає зупинити свій вибір на одному зі шляхів врегулювання низки вкрай важливих сфер суспільних відносин. Яскраво це видно на прикладі затягування ухвалення проекту нового Трудового кодексу, адже тут потрібно буде визначитися з ліберальною або соціальною концепцією відносин між роботодавцями та працівниками. Так само відсутність чітких аксіологічних пріоритетів призводить до постійних кардинальних змін податкового законодавства, законодавства про вибори, а також змін до Конституції України у частині повноважень Верховної Ради, Президента та Кабінету Міністрів.

6. Важливим негативним фактором слід вважати те, що протягом останніх десяти років державою в інформаційному просторі нарізну категорію «інтереси суспільства» поступово було замінено на зручну для можновладців категорію «інтереси держави». Ці категорії являють собою два різних вектори у цілях та цінностях діяльності держави. Отже, вказана заміна є дуже небезпечною тенденцією, яка зазіхає на самі основи гуманізму та антропоцентризму всієї правової ідеології у вітчизняній правовій системі.

7. Особливою складовою правової ідеології в Україні є зміст рішень Конституційного Суду України. Особливістю цього виду носія правової ідеології є те, що він часто містить прогресивні положення «персоноцентричного» характеру, відстоює міжнародні стандарти прав людини. Крім того в мотивувальних частинах рішень Конституційного Суду України використовуються висновки провідних наукових установ. Втім ідеї, що містяться у рішеннях Конституційного Суду України, на жаль, не справляють бажаного впливу на загальну конструкцію цінностей, які пропагує та яких дотримується держава. Цьому є декілька причин.

Хоча низка рішень Конституційного Суду України і стала фактично ядром правової ідеології в окремих сферах правового регулювання, проте суспільний авторитет цього органу (а отже, і авторитет ідей, які містяться в його рішеннях) сильно страждає через наявність двох факторів: 1) декілька рішень Конституційного Суду з початку 2000-х рр. із важливих для суспільного життя

питань характеризувалися прямо вираженою політичною ангажованістю; 2) правовий нігілізм, популізм та дилетантство суб'єктів правотворчості призводять до того, що до законодавства України порівняно легко впроваджуються норми і конструкції, які були вже раз визнані неконституційними. Це істотно підриває значення і роль Конституційного Суду у системі органів державної влади.

8. Практика Європейського суду з прав людини, а також доктринальні роботи європейських та вітчизняних вчених, присвячені реалізації положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, є одним із найпрогресивніших елементів правової ідеології в Україні. Саме тут ми знаходимо приклади практичного тлумачення та застосування міжнародних стандартів у сфері прав людини у контексті ідеалів рівності, свободи та невідчужуваності.

Рішення Європейського суду віднедавна стали значно більше використовуватися як Конституційним Судом, так і загальними судами. Однак вони є вельми складними за змістом для здійснення прямого істотного впливу на правову ідеологію у вітчизняній правовій системі. Адже досить незвичний стиль викладення мотивувальної частини рішення та багатоманітність практики Європейського суду (і подекуди — наявність різних позицій з одного питання) з конкретної статті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод поки що заважає швидкій імплементації відповідних ідей у професійну правосвідомість вітчизняних юристів та загалом державних службовців.

9. Правова ідеологія української держави характеризується також тим, що навіть декларування нею певних цінностей часто повністю нівелюються на рівні їх втілення. Так, положення ст. 1 Конституції щодо того, що Україна є соціальною державою, на практиці ускладнюється неспроможністю державного бюджету забезпечити на належному рівні права людини на пенсійне забезпечення, на безкоштовну охорону здоров'я, на соціальні пільги тощо. До речі, у держави до сих пір відсутня чітка відповідь, яка саме із моделей соціальної держави впроваджується у країні.

Узагальнюючи викладене, зауважимо, що ціннісні параметри правової ідеології сучасної української держави знаходяться у незадовільному (з точки зору інтересів суспільства) стані. Він характеризується глибинною суперечністю, з одного боку, між декларуванням державою дотримання і гарантування міжнародних стандартів прав людини на засадах рівності, свободи і гуманізму, а з другого боку, реальними аксіологічними параметрами діяльності органів державної влади у правотворчій та правозастосовній діяльності. Зазначені параметри базуються на відстоюванні передусім ідей етатизму, політичної доцільності, повного домінування інтересів держави над інтересами індивіда, небажанні відходити від догматично-формалістичного розуміння права, а також на відмові держави від дискурсів глобального, заснованого на науковій базі, впровадження положень першого та другого розділів Конституції України, які б мали стати ядром новітньої правової ідеології.

Ми цілком погоджуємося з думкою про те, що криза моральності, криміналізація суспільства, значний рівень «тіньової» економіки, засилля політичної корупції вже протягом десятиріч чинять свій потужний негативний вплив не лише на зміст правової ідеології держави, а й взагалі на правову культуру українського суспільства [10, с. 208–209]. Однак такий стан речей не повинен бути

виправдувальним фактором для нових політичних еліт, які задекларували чіткий рух до європейських стандартів життя в усіх сферах соціуму.

Водночас корегування правової ідеології держави є неможливим за умови пасивності громадянського суспільства. Слід відзначити, що межі небезпечної державної експансії у сферу громадянського суспільства розширюються рівно настільки, наскільки суспільство дозволяє це робити. На жаль, ідеї патерналізму, «сильної держави» і сьогодні залишаються вельми популярними у суспільній правосвідомості, а це великою мірою перешкоджає демократичному способу розвитку управлінських інституцій і масовій підтримці ідей прав людини та особливо ідей щодо обмеження втручання державної влади. Завданням громадянського суспільства, зокрема, його наукової частини є співпраця з різними прошарками населення, державою, політичними партіями та лідерами у контексті пропаганди, захисту та втілення у реальне життя суспільно орієнтованого змісту ідей прав людини, верховенства права, правової держави.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Недюха М.* Правова ідеологія: основні теоретико-методологічні підходи до визначення поняття / М. Недюха // Публічне право. — 2012. — № 3. — С. 299–306.
2. *Калиновський Ю. Ю.* Правосвідомість українського суспільства: генеза та сучасність / Ю. Ю. Калиновський. — Х. : Право, 2008. — 288 с.
3. *Луцький А. І.* Правова ідеологія як складова державницької ідеології / А. І. Луцький // Право і суспільство. — 2013. — № 6. — С. 48–52.
4. *Недюха М. П.* Правова ідеологія у контексті парадигми українського державотворення / М. П. Недюха // Трипільська цивілізація. — 2012. — № 8. — С. 11–15.
5. *Шевченко А. Є.* Правова (конституційна) ідеологія як важлива складова державно-правового розвитку України (стаття 1) / А. Є. Шевченко, О. М. Ситник // Трипільська цивілізація. — 2012. — № 7. — С. 16–21.
6. *Селіванов В. М.* Право і влада суверенної України: методологічні аспекти : монографія / В. М. Селіванов. — К. : Ін Юре, 2002. — 724 с.
7. *Zysek S.* Tarrying with the Negative: Kant, Hegel, and the Critique of Ideology / S. Zysek. — Durham : Duke University Press, 1993. — 304 p.
8. *Мусихин Г.* Очерки теории идеологии / Г. Мусихин. — М. : Изд. дом ВШЭ, 2013. — 288 с.
9. *Толстенко В. Л.* Правова ідеологія і демократизація сучасної України: теоретично-правові аспекти / В. Л. Толстенко. — К. : Логос, 2012. — 283 с.
10. *Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні* / Л. М. Герасина, О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань та ін. — Х. : Право, 2009. — 352 с.

Малишев Б. В. Аксіологічна криза правової ідеології сучасної української держави

Анотація. У статті пропонується розгорнутий аналіз чинників, які відображають стан правової ідеології в Україні. Вказано, що ціннісні параметри правової ідеології сучасної української держави знаходяться у незадовільному (з погляду інтересів суспільства) стані. Наявна глибинна суперечність між декларуванням державою дотримання і гарантування міжнародних стандартів прав людини та реальними аксіологічними параметрами діяльності органів державної влади у правотворчій і правозастосовній сферах. Зазначені параметри базуються на відстоюванні передусім ідей етатизму, політичної доцільності, домінування інтересів дер-

жави над інтересами індивіда, небажанні відходити від догматично-формалістичного розуміння права, а також на відмові держави від дискурсів глобального, заснованого на науковій базі, впровадження положень першого розділу Конституції України, які би мали стати ядром новітньої правової ідеології.

Ключові слова: правова ідеологія, етатизм, права людини, Україна.

Малышев Б.В. Аксиологический кризис правовой идеологии современного украинского государства

Аннотация. В статье предлагается развернутый анализ факторов, отражающих состояние правовой идеологии украинского государства. Указано, что ценностные параметры правовой идеологии современного украинского государства находятся в неудовлетворительном (с точки зрения интересов общества) состоянии. Имеет место глубинное противоречие между декларированием государством соблюдения и обеспечения международных стандартов прав человека и реальными аксиологическими параметрами деятельности органов государственной власти в правотворческой и правоприменительной сферах. Указанные параметры базируются на отстаивании прежде всего идей этатизма, политической целесообразности, доминирования интересов государства над интересами индивида, нежелании отходить от догматического формалистического понимания права, а также на отказе государства от дискурсов глобального, основанного на научной базе, внедрения положений первого раздела Конституции Украины, которые должны стать ядром современной правовой идеологии.

Ключевые слова: правовая идеология, этатизм, права человека, Украина.

Malyshev B. Axiological Crisis of the Legal Ideology of the Modern Ukrainian State

Summary. The article offers a detailed analysis of the factors that reflect the status of legal ideology in Ukraine. It is indicated that the value parameters of legal ideology of the modern Ukraine are in inadequate conditions (in terms of the public interests). There is a deep contradiction between the declaration of the state to ensure compliance with international human rights standards and real axiological parameters of government officials in law-making and law enforcement activities. These parameters are based primarily on defending the ideas of etatism, political expediency, dominance of state interests over the interests of individual, on reluctance to move away from dogmatic, formalist understanding of law as well as on the state refusal of global discourse, based on a scientific basis, the implementation of the first chapter of the Constitution of Ukraine, that would become the core of modern legal ideology.

Key words: legal ideology, etatism, human rights, Ukraine.

НОРМИ ПРАВА, ЛОГІКА ТА ІСТИНА*¹



Є. БУЛИГІН

*доктор філософії, почесний професор
(Університет Буенос-Айреса, Аргентина)*

1. Різні поняття або різновиди норм

У своїй вельми впливовій книзі «Норма і дія» (Norm and Action, 1963) Георг Хенрік фон Врігт зауважує, що англійський іменник «norm» і відповідні терміни в інших мовах вживаються з різними значеннями і часто з нечітким смислом, що не можна сказати про прикметник «normative». Тому він вважає за потрібне розрізнити три головних значення слова «норма», або три різновиди норм (правил, законів, приписів тощо): норми поведінки, правила, що визначають поняття, і технічні правила.

Норми поведінки приписують, що належить (обов'язок), не належить (заборона) або можна (дозвіл) робити в певних обставинах. Типовими нормами поведінки є багато (але не всі) норм права. До цієї категорії належать також моральні норми (оскільки вони прескриптивні, тобто визначають деякі дії як обов'язкові, заборонені або дозволені), а також правила етикету, що приписують, як слід їсти, одягатись, вітатись і т. д.

Правила у більш строгому сенсі, як наприклад, правила гри або граматики, визначають поняття, такі як «шахи», «футбол» або «мова» (правила синтаксису і семантики). До цієї групи норм, що визначають, належать також закони логіки та математики, але не закони фізики або хімії.

Слід зауважити, що право також часто містить правила-дефініції (наприклад, визначення таких понять, як «позов», «власність», «шлюб», «розлучення»

* Стаття являє собою доповнену версію пленарної доповіді Є. Булигіна «Право і мораль» на VII Міжнародній конференції «Теоретична і прикладна етика: традиції і перспективи-2015» (29–31 жовтня 2015 р., Санкт-Петербург, Росія). Переклад з російської С. Максимова і Н. Сатохіної.

¹ З огляду на те, що я цим питанням вже займався раніше, я маю намір використати деякі ідеї, запозичені з моєї статті, яка була опублікована іспанською, англійською і російською (див.: [1]).

тощо), у той час як правила гри містять також і норми поведінки, приписуючи обов'язки, як, наприклад, у шахах обов'язок захистити або приборати короля, коли він під шахом.

До третьої головної групи належать *технічні правила*. Вони полягають у зазначенні засобів для досягнення певної мети. Сюди належать вказівки щодо використання апаратів, придбання потрібних або бажаних речей тощо.

У подальшому я займатимусь головним чином нормами поведінки, але мені доведеться згадати також і правила, що визначають¹.

2. Норми і нормативні речення

У цій статті я хочу з'ясувати відношення між нормами права і поняттям істини. Йдеться про те, чи є норми права об'єктивно істинними?

Моя відповідь на це питання, яку я намагатимусь обґрунтувати, полягає в тому, що правові (юридичні) норми не можуть бути ані істинними, ані хибними: вони знаходяться поза цими категоріями. Проте поняття істини відіграє дуже важливу роль як у праві, так і в моралі. Ця теза може видатись на перший погляд парадоксальною, однак я спробую розвіяти це враження. Річ у тім, що норми поведінки взагалі та норми права зокрема не є (як кажуть логіки) істиннісно-значущими висловлюваннями, тобто такими, що можуть бути істинними або хибними. Але твердження про існування таких норм завжди істиннісні, тобто істинні або хибні. Ці твердження я називаю *нормативними реченнями*². Під нормативним реченням я розумію твердження про те, що існує деяка норма.

Я вважаю надзвичайно важливою відмінність між нормами і нормативними реченнями, як я вже наполягав у цій статті (виноска 2 на цій сторінці) і неодноразово повторював *ad nauseam* (до нудоти) у багатьох моїх працях. Це особливо важливо з двох причин:

а) по-перше, як у повсякденних, так і в юридичних мові та моральних контекстах, дуже часто — я б навіть сказав майже завжди — вживаються ті самі слова для вираження норм і нормативних речень, незважаючи на те, що вони означають зовсім різні речі. Так, наприклад, «Тут заборонено палити» може означати норму, що забороняє палити, або повідомлення про те, що існує норма, яка забороняє палити. У першому випадку можна поцікавитись, хто видав цю норму, чи є вона чинною, дієвою, наскільки вона актуальна, справедлива або розумна, чи слід їй підкорятися тощо. Однак не має сенсу питати, істинна вона чи хибна.

У другому випадку, якщо ця фраза виражає нормативне речення, постає питання про те, істинне воно або ні. Воно істинне якщо, і тільки якщо, наявна норма, що забороняє палити. Якщо такої норми немає, то ця фраза неістинна,

¹ Окрім цих трьох головних груп фон Врігт розрізняє ще три змішані і також важливі групи: звичаї, моральні принципи і правила ідеалу. Вони відрізняються тим, що споріднені з двома або трьома різними головними групами. Але них я не торкатимусь.

² Термін «речення» слід розуміти у граматичному сенсі — як порядок слів, що його можна позначити як істинний або хибний, на відміну від запитань, окликів і інших висловлювань. Курйозно, що у змісті англійською на с. 263 журналу «Правоведение» у моїй статті «Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения» (див.: [2]) термін «речення» (предложение — рос.) перекладений як «proposals». Цілком зрозуміло, що тут, на відміну від пропозиції руки і серця, ніхто нічого нікому не пропонує (автор, виходячи з омонімічності російського слова «предложение», використовує гру слів: «Вполне ясно, что тут, в отличие от предложений руки и сердца, никто ничего никому не предлагает». — *Прим. перекладачів*).

тобто хибна. Але немає жодного сенсу говорити про справедливість або розумність, позаяк нормативні речення не можуть бути ані справедливими, ані розумними, і неможливо їм підкорюватись або їх порушувати. Це показує, що ми маємо справу з двома дуже різними поняттями, і що фраза «Тут заборонено палити» має щонайменше два зовсім різних смисли;

б) по-друге, змішання або принаймні відсутність ясного розрізнення норм і нормативних речень може призвести — і, як правило, призводить — до помилкових теорій. Я вже намагався показати це вище (виноска 2 на сторінці 299) і тут обмежусь лише деякими доповненнями.

Теза Кельзена про те, що будь-яке право (будь-яка правова система, тобто будь-яка множина норм) містить вирішення будь-яких можливих юридичних проблем, ґрунтується на змішуванні двох різних понять дозволу, що у свою чергу ґрунтується на відсутності розмежування норм і нормативних речень.

Це нескладно показати. Кельзен (але не лише Кельзен та його послідовники, а й багато інших авторів) спирається на відомий і достатньо поширений афоризм: «все, що не заборонено, дозволено». Оскільки правові норми, як правило, забороняють деякі дії¹, то, відповідно до цього афоризму, усі інші дії дозволені. З цього висновує, що всі дії врегульовані (як заборонені або дозволені) будь-якою правовою системою. *Q. E. D.*²

Але що означають терміни «заборонено» та «дозволено»? Деяка дія заборонена, якщо в певній системі, назвемо її α , існує норма, що забороняє цю дію [у символах: $O \sim p \in \alpha$]. А коли вона дозволена? Тут відповідь роздвоюється. За аналогією із заборонаю можна відповісти: коли наявна норма, яка дозволяє цю дію: [$Pp \in \alpha$]³. Але також можна сказати, що вона дозволена, коли вона не заборонена, тобто коли відсутня норма, яка забороняє цю дію: [$O \sim p \notin \alpha$]. Це показує, що є два різних значення слова «дозволено». Перше, яке ми назвемо «позитивним дозволом», означає *присутність* дозволяючої норми; другий, «негативний дозвіл», означає *відсутність* забороняючої норми. Тому тільки позитивний дозвіл має нормативний характер: він заснований на існуванні деякої норми. Негативний дозвіл заснований на відсутності норми; це звичайний (не нормативний) факт. Цілком зрозуміло, що це два різних поняття.

Це показує, що якщо «дозволено» означає «не заборонено», то афоризм «усе, що не заборонено, дозволено», говорить: «усе, що не заборонено, не заборонено». Це, без сумніву, істинно, але мало що говорить про норми і заборони, бо це проста тавтологія.

Цікаво, що багато хто, і зокрема, такі видатні філософи права, як Ганс Кельзен, Джозеф Раз і Рональд Дворкін, ґрунтують свою тезу про повноту права на тій самій помилці⁴. Усі троє впевнені, що у праві немає і не може бути прогалін, оскільки будь-яка правова система завжди є повною. Але це ілюзія, заснована на змішанні норм і нормативних речень.

¹ Зобов'язуючі та забороняючі норми — це дві сторони однієї медалі: будь-яка забороняюча норма водночас зобов'язує, і навпаки, будь-яка зобов'язуюча норма забороняє. Заборона вбивства зобов'язує не вбивати, обов'язок сплачувати податки забороняє їх не сплачувати.

² *Quod erat demonstrandum* (лат.) — що й потрібно було довести. — *Прим. перекладачів.*

³ Оскільки заборони і дозволи можуть бути імпліцитними, точніше було б сказати «у наслідках α », але я, заради спрощення, не буду зачіпати цю проблему.

⁴ Див.: [3], а також [4, р. 337–353].

Незважаючи на те, що в нормативних реченнях фігурують такі ж деонтичні терміни, як і в нормах поведінки (заборони, дозволи і зобов'язання), між ними існує дві великі відмінності.

По-перше, ці терміни в нормативних реченнях завжди *відносні*: вони стосуються певної системи норм, у той час як аналогічні терміни в нормах абсолютні в тому сенсі, що вони не стосуються жодної конкретної системи.

По-друге, поняття заперечення відіграє зовсім різну роль у нормах і нормативних реченнях: 1) заперечення норми аналогічне запереченню речень у дескриптивній мові: так само як заперечення речення — це речення, заперечення норми — також норма; 2) так само як існує тільки одне заперечення певного речення, існує тільки одне заперечення певної норми; 3) речення (норма) та їх заперечення виключають одне одного, і вони є взаємно вичерпними.

Однак заперечення нормативних речень має дві різні форми: воно може впливати на приналежність норми до системи норм або на саму норму. Фраза «У системі α дія p не заборонена» може означати, що в системі α немає норми, яка забороняє p , або, що в цій системі є норма, яка не забороняє (тобто дозволяє) p . У першому випадку заперечується приналежність норми до системи (негативне заперечення). У другому випадку заперечення діє на саму норму, перетворюючи заборону на дозвіл (позитивний дозвіл).

3. Істина і правові норми

Правові, або юридичні, норми, як будь-які норми поведінки, прескриптивні, а не дескриптивні (вони не описують, а приписують дії) і відповідно не можуть бути істинними (і тим більше хибними). Оскільки мова йде про позитивне право, тобто право, створене руками (точніше, головою) людини, з цією тезою згодні всі юристи і філософи права. Проте багато хто з них вважає, що крім позитивного, існує ще природне право, незалежне від дій і бажань людини. Слід визнати, що термін «природне» не дуже вдалий: ніхто не ототожнює природне право з фізичними явищами або хімічними процесами. І питання про авторство природного права дуже спірне; у різні часи його походження приписувалось Богу або Розуму (людському чи божественному). Я гадаю, що можна уникнути цієї проблеми. Оскільки норми природного права мало чим відрізняються від моральних норм, я обмежусь обговоренням проблеми істини в позитивному праві.

Як зазначено, норми позитивного права (конституції, закони, декрети, судові рішення тощо), оскільки вони прескриптивні, не можуть бути схарактеризовані як істинні або неістинні. Але це зовсім не означає, що питання істини не відіграє жодної ролі у праві. Для цього існують нормативні речення.

Нормативне речення — це твердження про те, що деяка норма p належить до деякої системи α , або існує у ній. Правові норми, як стверджував Кельзен [5, р. 1], і як добре відомо, не існують самостійно, а завжди в компанії інших норм, тобто в нормативних системах. Але що означає тут приналежність? Це складне питання, яке я волю оминати. У загальних — і доволі розпливчастих — термінах, деяка норма належить до певної системи норм, якщо вона створена (і не скасована) уповноваженим органом цієї системи¹.

¹ Детальніше щодо цієї проблеми див.: [4, р. 311–323].

Твердження, що норма Op належить до системи α , істинне, якщо ця норма дійсно належить до цієї системи ($Op \in \alpha$). Це означає прийняття теорії істини, розробленої Арістотелем у IV ст. до н. е. і дещо вдосконаленої 2500 років потому польським логіком і філософом Альфредом Тарським.

Факти, що роблять нормативні речення істинними, являють собою складні, інституціональні факти, які складаються частково з емпіричних фактів і частково із соціальних конвенцій, таких як звичаї або дії певних осіб, як це відбувається, наприклад, під час законотворчості та судочинства.

4. Об'єктивність права

Проблема об'єктивності права дуже складна і не може бути вичерпно проаналізована у короткій статті. Тому я обмежусь стислим зазначенням моєї позиції щодо цього питання та спробую розглянути детальніше лише один пункт.

Андрій Мармор [6] розрізняє чотири сфери питань, у яких може зачіпатись проблема об'єктивності права:

- 1) Ідентифікація права: чи існують об'єктивно правильні відповіді на питання про те, що встановлює право в окремому випадку?
- 2) Оцінка права: чи є право об'єктивно правильним, справедливим, тобто добрим чи поганим?
- 3) Функція права для вирішення конфліктів інтересів у спорі про право.
- 4) Об'єктивність правової науки.

Я вважаю, що оскільки правова наука може формулювати істинні нормативні речення про зміст права, позитивістський ідеал вільної від оцінок правової науки (Кельзен, Макс Вебер) виглядає цілком можливим. Це моя відповідь на останнє питання Мармора.

Стосовно другого питання моя відповідь категорично негативна: я не вірю в можливість об'єктивних цінностей і, відповідно, об'єктивно істинних критеріїв оцінки. Я вважаю, що будь-які оцінки виражають схвалення або несхвалення та залежать більшою мірою від емоційних факторів, а отже, знаходяться поза сферою істини. У цьому питанні я займаю скептичну позицію. Крім того, я вже зазначив, що питання про істинність права стосується не правових норм, а лише нормативних речень, позаяк тільки вони можуть бути істинними.

Перший і третій пункти Мармора взаємопов'язані і на них я відповім детальніше.

Перше, що мені впадає в очі, це те, що тут йдеться про правильність відповідей (*right or wrong answers*), а не про їх істинність, тоді як зазвичай об'єктивність пов'язується з істиною. Але це не свавільний крок Мармора, у цьому він слідує традиції англо-американських авторів.

Для тих філософів права, які чітко розмежовують опис і оцінку права (тобто для правового позитивізму), не може не видатись дивним, що в дискусії про об'єктивність права мова йде про правильну, а не істинну відповідь на питання про те, що встановлює право. Це, здавалося б тільки термінологічне, проте насправді досить складне, питання містить у собі дуже важливу проблему.

У чому полягає відмінність між істинною (*true*) і правильною (*right*) відповіддю на питання про те, що встановлює право в певному випадку? Я впевнений у тому, що ця термінологічна відмінність показує змішання двох дуже різних проблем: *опису* і *оцінки права*. Правильна відповідь не просто істинна: це *гарна* відповідь. І нескладно дізнатись, коли відповідь є гарною: аби бути правильною

(гарною), відповідь на правове питання повинна вказати на обов'язки і права, встановлені правом. Тільки тоді суддя може вирішити справу на основі права.

Як детально показано у книзі «Нормативні системи» [7, гл. VIII, с. 162–180], типові правові запитання виглядають приблизно так: чи існує в системі α припис (обов'язок, заборона, дозвіл) дії p за обставин q ? Тут α означає будь-яку нормативну систему, не лише цілісний правопорядок, як, наприклад, французьке право, а будь-яку сукупність правових норм.

Відповіді на такі питання можуть бути двох типів: позитивні або негативні. Відповідь позитивна тоді, і тільки тоді, коли право визначає нормативний статус дії, що нас цікавить, і негативна, коли воно не визначає його. Позитивна відповідь має таку форму:

(1) «Відповідно до системи α , p приписане (заборонене або дозволене) у випадку q ».

Але відповідь може бути також негативною, коли вона не визначає p . Негативні відповіді можуть бути двох типів:

(2) «Відповідно до системи α , p не приписане (ані заборонене, ані дозволене) у випадку q » або

(3) «Відповідно до системи α p приписане як обов'язкове і як заборонене у випадку q ». (Або «Відповідно до системи α , p обов'язкове, однак $\sim p$ — тобто невиконання p — дозволене».)

Друга відповідь істинна, коли α не містить норм по відношенню до p . Це означає, що система α виявляє нормативну прогалину у випадку q .

Третя відповідь говорить, що α містить нормативне протиріччя.

Друга і третя відповіді можуть бути істинними, але багато авторів не вважають їх правильними відповідями (*right answers*). Цей перехід від об'єктивності в термінах істини до об'єктивності в термінах правильності вказує на перехід від опису до оцінки права. Але цей перехід не робиться відкрито: він завуальований зміною термінології. Не лише Дворкін у його відомих статтях про правильні відповіді [8; 9], а й багато інших авторів [10; 11] воліють вести мову про правильні (*right*), а не про істинні (*true*) відповіді. Так, наприклад, Давід О. Брінк відкрито говорить про «*objectivity or determinacy of the law*» (об'єктивність або визначеність права) [11, р. 12]. Відповідно, право розглядається як об'єктивне лише тоді, коли воно надає позитивну відповідь на правове запитання. Згідно з Брінком, «Поняття права можна зрозуміти об'єктивно настільки, наскільки воно приводить у справжніх або теоретичних спорах до визначення єдино правильного результату¹. З цього висновує, що неповна або суперечлива система не може бути об'єктивною. Це дуже дивна ідея об'єктивності.

Можливість нормативних прогалин і протиріч у праві заперечувалась — і продовжує заперечуватись — багатьма філософами права. Це не дуже дивно для тих авторів, які вірять у природне право або — чим приходять до того самого — захищають необхідність взаємозв'язку моралі і права, як Дворкін і Алексі. Але філософа права, який розділяє тезу про концептуальне розрізнення права і моралі та тезу про соціальні джерела права, подібні твердження не можуть не здивувати. Насправді, на перший погляд (але лише на перший погляд) здається, що норми і принципи ідеальної моралі не повинні мати прогалин і мають бути

¹ «A conception of law can be understood to be objective insofar as it represents in actual or hypothetical controversies as determining a uniquely correct outcome».

цілковито вільними від протиріч. Однак було б більш ніж дивно очікувати такої досконалості від позитивного права, яке виробляється людьми і, як усі людські творіння, може бути помилковим. Ніщо не гарантує, що норми позитивної системи права є завжди несуперечливими і повними в сенсі відсутності прогалин. При цьому слід взяти до уваги, що це означає не те, що мудрий і добросовісний законодавець може створити повну і несуперечливу систему норм, але те, що будь-яка система, тобто будь-яка множина правових норм, є повною і несуперечливою. Це звучить абсолютно фантастично, проте є відомі філософи права, які відстоюють подібну тезу. Я вже зазначав, що такі відомі філософи права, як Кельзен, Дворкін і Раз, входять до цієї категорії.

5. Об'єктивність і визначеність

Фраза Брінка про об'єктивність і визначеність права показує явне змішання цих двох понять і, таким чином, повну відсутність розмежування між двома різними проблемами: одна річ об'єктивність права (істинність нормативних речень, тобто висловлювань про право) і зовсім інша — визначеність, тобто визначення деонтичного статусу деяких дій. Це змушує розмежувати висловлювання *про право* і деонтичний статус дій *згідно з правом*. Невизначеність останнього не означає невизначеності першого. Право об'єктивне, оскільки можливо дати істинну відповідь на правове питання, але ця відповідь може бути позитивною чи негативною, це залежить від змісту правопорядку, про який йде мова, і не стосується його об'єктивності. Правова система з прогалинами та протиріччями так само об'єктивна, як і повна та несуперечлива.

Зовсім інша річ визначеність результатів (тобто те, що Брінк називає «*determinacy of the outcome*»). У випадку нормативної прогалини або протиріччя ми отримуємо негативну відповідь, тобто відповідь є, але вона незадовільна: ми не знаємо, дозволена, заборонена чи обов'язкова дія, що нас цікавить. Проте це не означає, що відповідь не істинна, хоча вона вочевидь незадовільна.

Існує ще третя проблема, пов'язана з темами об'єктивності та визначеності, яка також цікавить юристів. Це тема інтерпретації (викладу) правових норм, яку Брінк також змішує з двома щойно розглянутими нами: «...дискусії про об'єктивність права можуть розглядатись як дискусії про те, наскільки детермінована правова інтерпретація»¹.

Проблема інтерпретації права достатньо складна, і я обмежусь лише одним зауваженням. Тут необхідно розмежувати норми та їх формулювання. Нормативне формулювання — це суто словесний текст, синтаксичний вислів (незалежний від його смислу), у той час як норма — це інтерпретований вислів: мовне утворення плюс його значення або сенс. Інтерпретація (витлумачення) нормативного формулювання полягає в тому, що йому приписується певне значення. Таким чином, інтерпретація може розглядатись як перехід від нормативного формулювання до норми. Цей перехід не завжди успішний; цілком може статися (і досить часто стається), що нормативне формулювання багатозначне, тобто має декілька різних значень. У такому випадку приписати певне значення стає неможливим; ми маємо справу не з певною нормою, а з *множинністю можливих норм*, і тлумач вимушений вирішувати, яку з цих можливих норм припи-

¹ «...debates about law's objectivity can be seen as debates about the extent in which legal interpretation is determinate».

сати тексту. У багатьох випадках для цього рішення не існує об'єктивних критеріїв. Якщо значення невизначене, то не існує істинної відповіді на питання, як ця ситуація регулюється правом. Відповідно право у цих випадках не є об'єктивно істинним. Іноді сам законодавець ухвалює рішення за допомогою так званих законодавчих дефініцій, однак зазвичай це завдання судді. Тільки після рішення судді (точніше, суддів) ми можемо дізнатись, яку норму виражає певне формулювання. У цьому сенсі судові рішення сприяють визначеності, тобто об'єктивності права.

Деякі філософи права вважають, що інтерпретація завжди невизначена, істинних значень не існує, тому право не може бути об'єктивним. Так перш за все стверджує так звана генуезька школа¹. Я неодноразово висловлювався проти ідей моїх генуезьких друзів, і тут я коротко повторю мій головний аргумент.

Моя теза полягає в тому, що всі нормативні тексти не можуть бути багатозначними, тому що тоді не було б норм. Доведення (від протилежного): припустимо, що всі нормативні формулювання багатозначні. Припустимо також, що тлумач знаходить текст *p*, який — відповідно до нашої вихідної гіпотези — багатозначний, тобто виражає декілька можливих норм. Після ретельного аналізу і оцінок різних варіантів він доходить висновку, що один із них найкращий. Але оскільки немає інших підходів до значень, окрім як за допомогою мови, він повинен запропонувати нове формулювання, назовемо його *p1*. Але відповідно до нашої гіпотези це нове формулювання *p1* також багатозначне і має різні можливі значення. Тлумач повинен обрати одне з них і таким чином пропонувати нове формулювання норми *p2*, яка теж багатозначна, і так без кінця.

З цього висновує, що якщо всі формулювання багатозначні, то все, чого ми можемо досягнути, — це множинність можливих норм, але не конкретна норма.

Важливо те, що це не правова і не нормативна проблема, а проблема мови. Істотно, що будь-яка мова повинна містити щонайменш декілька однозначних висловів. Мова, яка не має цієї властивості, не може бути знаряддям розуміння. Це не означає, що мова повинна містити вислови, які завжди недвозначні, однак у кожному контексті повинні бути однозначні вислови.

6. Вирішення спірних питань

Що мотивує надання характеристики об'єктивності за допомогою правильних, а не істинних відповідей? Найважливіший мотив, на мій погляд, полягає в тому, що негативна відповідь непридатна для того, щоб обґрунтувати судові рішення. Суддя зобов'язаний не лише вирішити наданий йому спір, а ще й обґрунтувати своє рішення за допомогою правових норм.

Зазвичай судовий спір (принаймні в цивільному праві)² виглядає таким чином: позивач стверджує, що відповідач повинен вчинити певну дію, наприклад, сплатити певну суму грошей або пофарбувати будинок, а відповідач заперечує це. Але система права (яка складається з різних норм, як-от: законів, зви-

¹ Найвідоміші її представники — це Джованні Тарелло (Giovanni Tarello), Рікардо Гуастіні (Riccardo Guastini), Паоло Командучі (Paolo Comanducci), Текла Маццарезе (Tecla Mazzarese) і П'єр Луджі Кьяссоні (Pierluigi Chiassoni). Усі вони — за винятком Тарелло, з яким з причини його ранньої смерті я не встиг познайомитись, — це мої великі друзі, що ніяк не заважає нам критикувати один одного.

² Щодо кримінального права я утримаюсь, хоча справа там виглядає подібним чином.

чаїв тощо) містить лише загальні норми, які стосуються певних класів, або типів, дій і обставин, тоді як судді належить вирішувати індивідуальні випадки. Судді потрібно вирішити, чи повинен відповідач вчинити індивідуальну дію, якої вимагає позивач. Для того, щоб мати можливість обґрунтувати своє рішення, суддя повинен підвести окремий випадок під загальний випадок, визначений загальною правовою нормою. Ця операція успішна лише у тому випадку, коли система права приводить до єдино правильного результату (*a uniquely correct outcome*) і це означає, що відповідь повинна бути позитивною, як наприклад «р приписано у випадку q» або «невиконання р дозволено у випадку q» (де р і q є не окремими, а загальними обставинами справи). Але якщо нормативна система буде мати прогалину або протиріччя у випадку q, тоді р не буде детерміновано у випадку q. Система норм не має позитивної відповіді, і суддя не може обґрунтувати своє рішення за допомогою цієї системи права.

Тут ще слід додати, що проблема невизначеності може також виходити з третього джерела, а саме нечіткості (*vagueness*) релевантних понять, що характеризують випадки. Такі випадки у «Нормативних системах» називаються *прогалинами у розпізнаванні (gaps of recognition)*¹.

У подібних ситуаціях існують, мабуть, лише два виходи: або ми визнаємо, що наша система права може бути помилковою, і в такому разі суддя не може обґрунтувати своє рішення існуючим правом і повинен вдатися до інших (моральних або політичних) критеріїв. Це те, що Харт називав *judicial discretion* (судовим розсудом). При цьому суддя для обґрунтування свого рішення повинен спиратися на нову загальну норму, створену ним самим і стати ніби законодавцем. Ясна річ, подібна суддівська «законотворчість» може мати місце лише як виняток.

Або ми заперечуємо можливість того, що система права може бути помилковою (як це робить Дворкін), але тоді необхідно включити до права моральні норми, сподіваючись, що вони заповнять усі прогалини та усунуть усі протиріччя. Але це малоймовірно, оскільки, як вже відзначив Джон Маккі, «апелювання до норм моралі принесе ще більше суб'єктивізму в право» [12]. І Брайан Лейтер стверджує: «Якщо хтось гадає, що судові рішення “об'єктивне” в тому сенсі, що наявне об'єктивно правильне вирішення правового спору, тоді здається поганою ідея робити правильні відповіді залежними від моральних міркувань, як це робить Дворкін» [10]. На думку Рассела Шафера-Ландау [13], «зовсім не очевидно, що етична теорія взагалі може бути побудована як когерентна сукупність правил, з яких можна вивести всі правильні моральні судження»².

7. На чому ґрунтується правопорядок?

Згідно з Кельзенем, правопорядок ґрунтується на знаменитій засадничій нормі (*Grundnorm*). Ця норма встановлює обов'язок слідувати припису першої (історичної) конституції³. Але це не позитивна норма, ухвалена юридичним органом, а гіпотетична норма: постулат правової науки.

¹ Див.: [7, с. 72–75; 10; 11].

² «...a coherent set of rules from which one can infer all determinate moral verdicts».

³ Що приписує засадничу норму, питання спірне, оскільки Кельзен дає різні варіанти її змісту. Але я не буду торкатися цієї проблеми.

Харт замінює цей постулат позитивною нормою, заснованою на звичаї: правилом визнання (*rule of recognition*). Це правило встановлює, які норми є правовими і, згідно з Хартом, зобов'язує суддів та інші правові органи застосовувати ці норми. Для Харта ця норма визнання є необхідною умовою існування права і держави.

У моїй статті «*Sobre la regla de reconocimiento*»¹ я вказав на те, що одне й те саме правило не може бути водночас правилом, що визначає поняття, та нормою поведінки, і що найбільш доцільна інтерпретація хартівського правила визнання — це розглядати його як правило, що визначає поняття права, а не норму поведінки, а також що обов'язки суддів та інших юридичних органів встановлюються нормами поведінки, ухваленими уповноваженими органами (тобто позитивними нормами). Це означає, що існує загальна (але необов'язково одностайна) згода, без якої не буває правопорядку. І ця згода стосується визначення поняття права. І якщо такої згоди немає, це призводить до поділу правопорядку і держави або до (громадянської) війни, або до того й іншого разом. Я й нині дотримуюсь такої думки.

8. Моральні норми

Сфера моральних норм аналогічна правовій. Тут також слід відрізнити мораль позитивну від моралі ідеальної. Ця відмінність аналогічна, однак нетотожна відмінності між позитивним і природним правом. Головна відмінність між позитивною мораллю і позитивним правом полягає в тому, що позитивне право створюється головним — але не виключним — чином свідомими діями людини (законотворчість, судові рішення тощо), у той час як свідоме створення моральних норм людиною абсолютно виключається [16, р. 171–173]. Існують, звісно, люди, які користуються великим моральним авторитетом, як Толстой або Ганді, однак і вони не є моральними законодавцями. (Можливий виняток — це Магомет, але оскільки я не є спеціалістом з ісламу, не буду зачіпати це питання.)

Позитивна мораль — це сукупність моральних норм, які застосовуються *de facto* у деякому суспільстві. Ці норми мало чим відрізняються від правових позитивних норм, заснованих на звичаях. Тому ми перейдемо одразу до ідеальної моралі.

Норми ідеальної моралі вважаються зазвичай здатними бути істинними чи хибними. Я вважаю цю — дуже поширену — думку помилковою, але через брак часу я не можу детально обґрунтувати мою позицію. Тому я посилаюсь у цьому питанні на авторитет фон Врігта і особливо на одну з останніх його праць «Оцінки, або Як сказати невимовне» (*Valuations — or How to Say the Unsayable*) [17]. Фон Врігт стверджує, що акт оцінювання за допомогою таких висловів, як «це хороший *x*» або «це поганий *x*», є не описом того, про що йдеться, а вираженням схвалення (або несхвалення), тобто емоційного вираження деякого агента щодо деякого об'єкта, і тому ці фрази не можуть бути істинними чи хибними.

Із цього висновує, що моральні норми виражають схвалення (коли зобов'язують) або несхвалення (коли забороняють) деяку дію. Вони прескрип-

¹ Опублікована вперше в [14], а потім у [15], і англійською «On the Rule of Recognition» у [4, р. 117–123].

тивні та не можуть бути ні істинними, ні хибними. Таким чином, фон Врігт відстоює позицію емотивної теорії Вестермарка і Стівенсона [18], але значно розвиненої ним та іншими авторами, і я повністю підтримую цю позицію.

Тут постає питання про нормативні речення у сфері моралі. З того, що вже сказано, явно випливає, що і тут потрібно розрізняти моральні норми та твердження про ці норми, тобто нормативні (моральні) речення. Нормативне (моральне) речення стверджує, що існує деяка моральна норма. Ці твердження завжди істинні або хибні, залежно від того, існує така норма чи ні. Якщо ця норма належить до позитивної моралі, то для того, щоб встановити істину відповідного нормативного речення, потрібно пересвідчитися в ефективності цієї норми. Це питання емпіричного (соціологічного) дослідження. Проте якщо мова йде про ідеальну мораль, то оскільки немає, відповідно до емотивної теорії, істинних моральних норм, то нормативні моральні речення є хибними, як це достатньо переконливо показав Джон Маккі [19].

9. Право, мораль і логіка

Існує думка, що деонтична логіка бере свій початок від знаменитої статті фон Врігта «Деонтична логіка» (*Deontic Logic*) [20]. Але це щонайменш велике перебільшення. Як показав фінський історик і логік Сімо Кнуттіла [21, р. 225–248], вже у XIV ст. відбулася велика кількість дискусій про деонтичні поняття, і була розроблена ціла низка законів цієї логіки, не кажучи вже про такі важливі прецеденти, як праці Лейбніца і Бентама. Однак це не заважає розглядати статтю фон Врігта як наріжний камінь в історії розвитку логіки норм і нормативних понять¹.

У другій половині минулого і на початку нашого століття деонтична логіка стала, завдяки численним працям логіків і філософів, одним із найбільш розвинутих відділів логіки. Як я вже зазначив, одна з дуже впливових книг у цій сфері — це «Норма і дія» (*Norm and Action*) фон Врігта [23]. У цій книзі фон Врігт ясно розрізняє норми і нормативні речення, але вживає той самий символізм з двома інтерпретаціями: прескриптивна для норм і дескриптивна для нормативних речень. Це призводить до деяких ускладнень², які були з часом усунути самим фон Врігтом.

У подальшому логіка нормативних речень була розроблена багатьма авторами. Я гадаю, що ці дві деонтичні логіки — логіка норм і логіка нормативних речень — вже завоювали своє становище в родині визнаних логік.

Концептуальний аналіз норм і нормативних понять не міг не позначитись на подальшому розвитку логіки. Створення двох нормативних логік унаслідок відмінності між нормами і нормативними реченнями відкриває нові можливості для аналізу споріднених понять у сфері етики та економіки.

У 1963 р. була опублікована невелика праця фон Врігта «Логіка переваги» (*The Logic of Preference*) [25]. У цій книзі розробляється логічна структура поняття «чистої переваги». У своєму попередньому слові фон Врігт вказує на важливість цього поняття для загальної теорії цінностей і для трьох її головних галузей: естетики, економіки та етики. При цьому він сподівається на те, що повний аналіз оціночних понять (*value concepts*) у цих трьох сферах покаже, що

¹ Див. мою статтю «Логика и право» [22].

² Див.: [24].

поняття «чистої переваги» є «складовою майже всіх (якщо не всіх) оціночних понять».

Сорок років потому (у 2002 р.) вийшла книга аргентинського логіка і філософа права Хорхе Родрігеса [26] (поки що доступна лише іспанською). У цій дуже важливій праці Родрігес розглядає, серед інших тем, логіку переваги фон Врігта і доходить двох досить цікавих висновків: по-перше, логічна структура логіки переваги подібна до логіки норм фон Врігта (1951, 1983) та Альчуррона (1967), у тому сенсі, що всі аксіоми цих двох логік еквівалентні й можуть бути виражені в термінах будь-якої з них; по-друге, Родрігес показав, що логіка переваги фон Врігта обмежується реконструкцією раціональності актів переваги, у тому ж сенсі, як логіка норм є реконструкцією раціональності актів законодавця (у широкому сенсі, тобто творця норм), але не встановлює систему наслідків, які можуть бути здобуті з цих актів переваги. Ця остання система може бути раціональною або ні, оскільки вона може містити прогалини або протиріччя.

Проте Родрігес не обмежується цими висновками, а розробляє доповнення до праці фон Врігта: логіку речень про переваги. Структура цієї логіки еквівалентна структурі логіки нормативних речень. Таким чином, отримуємо дві пари нових логік: логіка норм (ЛН) і логіка нормативних речень (ЛНР), з одного боку, та логіка переваг (ЛП) і логіка речень про переваги (ЛРП) — з другого.

До цих двох пар можна додати принаймні ще одну пару: це логіка оцінок (ЛО) і логіка оціночних речень (ЛОР). Перші кроки до цього вже наявні. В одній статті [27], опублікованій вперше у 1989 р., ми з Альчурроном запропонували розмежовувати вислови, що вживаються для оцінювання (оціночні вислови), і *речення*, які ми називаємо *аксіологічними*, виходячи з того, що типові оціночні поняття (і відповідні терміни), такі як «добрий» чи «поганий», зазвичай вживаються в суто емпіричних (фактичних) твердженнях, як-от фраза «це «добре» вино» може не виражати оціночне судження (схвалення), а лише ствердження, що це вино має ті властивості, які прийняті для позитивної оцінки вин. Аксіологічні речення можуть бути істинними або хибними. У цьому сенсі вони аналогічні нормативним реченням. (Я твердо впевнений, що цілком можливо розробити також подібну пару логік в естетиці.)

В усіх трьох випадках ми зустрічаємо аналогічні ситуації: словесні форми, що виражають прагматичні акти (нормування або видання норм, перевага, оціночні судження), які не є істиннісними, а також результати подібних актів, тобто логічні наслідки сукупності норм, переваг або оціночних (істиннісних, тобто істинних або хибних) суджень. Ці логічні наслідки описуються за допомогою нормативних і аксіологічних речень та речень про переваги.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Булыгин Е. К проблеме объективности права / Е. Булыгин // Проблемы философии права. — Т. 3, № 1–2. — К. ; Чернівці : Рута, 2005. — С. 7–13.
2. Булыгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения / Е. В. Булыгин // Изв. вузов. Правоведение. — 2008. — № 2. — С. 147–153.
3. Bulygin E. Kelsen on the Completeness and Consistency of Law / E. Bulygin // Kelsen Revisited / L. Duarte d'Almeida, J. Gardner and L. Green (eds.). — Oxford : Hart Publishing, 2013. — P. 225–243.

4. *Bulygin E.* Essays in Legal Philosophy / E. Bulygin. — Oxford : Oxford University Press, 2015.
5. *Kelsen H.* General Theory of Law and State / H. Kelsen. — Cambridge : Harvard University Press, 1945.
6. *Marmor A.* Four Questions about the Objectivity of Law / A. Marmor // Positive Law and Objective Values. — Oxford : Clarendon Press, 2001. — P. 135–159.
7. *Альчуррон К.* Нормативные системы / К. Альчуррон, Е. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Альчуррон, Е. Булыгин, П. Герденфорс, Д. Макинсон ; под ред. Е. Лысанюк. — СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013. — С. 44–210.
8. *Dworkin R.* No Right Answer? / R. Dworkin // Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart / P. M. S. Hacker and J. Raz (eds.). — Oxford : Clarendon Press, 1977. — P. 85–98.
9. *Dworkin R.* Is There Really no Right Answer in Hard Cases? / R. Dworkin // A Matter of Principle. — Oxford : Clarendon Press, 1985. — P. 119–145.
10. *Leiter B.* Objectivity, Morality, and Adjudication / B. Leiter // Objectivity in Law and Morals, Cambridge Studies in Philosophy and Law. — Cambridge University Press, 2001. — P. 66–98.
11. *Brink D. O.* Legal Interpretation, Objectivity and Morality / D. O. Brink // Objectivity in Law and Morals, Cambridge Studies in Philosophy and Law. — Cambridge University Press, 2001. — P. 12–67.
12. *Mackie J. L.* The Third Theory of Law / J. L. Mackie // Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence / Marshall Cohen (ed.). — London, 1983.
13. *Shafer-Landau R.* Moral Rules / R. Shafer-Landau // Ethics. — 1997. — Vol. 107, № 4.
14. *Derecho, Filosofía y Lenguaje.* Homenaje a Ambrosio L. Gioja. — Buenos Aires : Astrea, 1976. — P. 31–39.
15. *Alchourrón C.* Análisis lógico del derecho / C. Alchourrón, E. Bulygin. — Madrid, 1991. — P. 383–391.
16. *Hart H. L. A.* The Concept of Law / H. L. A. Hart. — Oxford : Clarendon Press, 1961.
17. *Wright G. H. von.* Valuations — or How to Say the Unsayable / G. H. von. Wright // Ratio Juris. — 2000. — Vol. 13, № 4. — P. 347–357.
18. *Stevenson C. L.* Ethics and Language / C. L. Stevenson. — New Haven : Yale University Press, 1944.
19. *Mackie J.* Ethics: Inventing Right and Wrong / J. Mackie. — London : Penguin, 1977.
20. *Wright G. H. von.* Deontic Logic / G. H. von. Wright // Mind. — 1951. — Vol. 60, № 237. — P. 1–15.
21. *Knuuttila S.* The Emergence of Deontic Logic in the Fourteenth Century / S. Knuuttila // New Studies in Deontic Logic / R. Hilpinen (ed.). — Dordrecht, 1981. — P. 225–248.
22. *Булыгин Е.* Логика и право / Е. Булыгин // Изв. вузов. Правоведение. — 2013. — № 4. — С. 12–17.
23. *Wright G. H. von.* Norm and Action (A Logical Inquiry) / G. H. von. Wright. — London : Routledge and Kegan Paul, 1963.
24. *Alchourrón C. E.* On the Logic of Normative Systems / C. E. Alchourrón, E. Bulygin // PRAGMATIK, Handbuch pragmatischen Denkens / Herbert Stachowiak (ed.). — Hamburg : F. Mainer, 1993. — P. 273–294.
25. *Wright G. H. von.* The Logic of Preference / G. H. von. Wright. — Edinburgh : Edinburgh University Press, 1963.
26. *Rodríguez J. L.* Lógica de los sistemas jurídicos / J. L. Rodríguez. — Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

27. *Alchourrón C. E. Limits of Logic and Legal Reasoning / C. E. Alchourrón, E. Bulygin // Proceedings of the III International Conference on LOGICA INFORMATICA DIRITTO / A. A. Martino (ed.). – Vol. II. – Firenze 1989, reproduced in: Análisis Lógico y Derecho. – Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991.*

Булигін Є. В. Норми права, логіка та істина

Анотація. Стаття присвячена з'ясуванню відношення між нормами права та поняттям істини, або пошуку відповіді на питання, чи є норми права об'єктивно істинними. Головна теза полягає у тому, що правові норми (так само як і норми моралі) є прескриптивними, а не дескриптивними, з огляду на що не можуть бути ані істинними, ані хибними. Але твердження про існування таких норм (нормативні речення) завжди істинні або хибні. У полеміці з Г. Кельзенем, Р. Дворкіним та Дж. Разом продемонстровано, як змішання норм і нормативних речень призводить до помилкових теорій, наприклад, переконання у тому, що у праві не може бути прогалин і суперечностей. Натомість, на думку автора, позитивне право може містити прогалини та суперечності, а правопорядок ґрунтується на загальній згоді щодо поняття права.

Ключові слова: норми, нормативні речення, деонтична логіка, істина, об'єктивність права, право та мораль.

Булыгин Е. В. Нормы права, логика и истина

Аннотация. Статья посвящена выяснению отношения между нормами права и понятием истины, или поиску ответа на вопрос, являются ли нормы права объективно истинными. Главный тезис состоит в том, что правовые нормы (так же как и нормы морали) являются прескриптивными, а не дескриптивными, вследствие чего они не могут быть ни истинными, ни ложными. Но утверждения о существовании таких норм (нормативные предложения) всегда истинные либо ложные. В полемике с Г. Кельзенем, Р. Дворкиным и Дж. Разом показано, как смешение норм и нормативных предложений приводит к ошибочным теориям, например, убеждению в том, что в праве не может быть пробелов и противоречий. Тогда как, по мнению автора, позитивное право может содержать пробелы и противоречия, а правопорядок основывается на общем согласии относительно понятия права.

Ключевые слова: нормы, нормативные предложения, деонтическая логика, истина, объективность права, право и мораль.

Bulygin E. Legal Norms, Logic and Truth

Summary. The article deals with the problem of revealing the relationship between the legal norms and the concept of truth, or searching for an answer to the question of whether the law is objectively true. The main thesis is that the law (as well as the norms of morality) is prescriptive, not descriptive, and consequently, can be neither true nor false. But assertions about existence of such norms (normative propositions) are always true or false. It is showed in a polemic with H. Kelsen, R. Dworkin and J. Raz how mixture of norms and normative proposals leads to erroneous theories, for example, to belief that the law can not have gaps and contradictions. While the author's opinion is that positive law can contain gaps and contradictions, and the law order is based on the general agreement on the concept of law.

Key words: norms, normative assertions, deontic logic, truth, objectivity of law, law and morality.

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА І ДЕРЖАВИ В КЛАСИЧНІЙ НІМЕЦЬКІЙ ПРАВОВІЙ ТРАДИЦІЇ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ ХVІІІ — ПЕРШОЇ ТРЕТИНИ ХІХ СТ.

О. СКРИПНЮК
*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
керівник відділу зв'язків з державними органами
та міжнародними організаціями
(Національна академія правових наук України),
заслужений юрист України*



Суспільна практика довела, що демократична, правова, соціальна держава не може постати без паралельного й реального формування та розвитку громадянського суспільства, що обумовлює існування поряд з інститутами державної влади інститутів громадянського суспільства як самокерованої, структурованої та недержавної частини народу. Концепції сучасної держави передбачають її діяльність в ім'я людини і суспільства. Останнє вправі вимагати від держави забезпечення прав і свобод людини, належного рівня існування всіх членів суспільства, неухильного виконання законів та забезпечення належного рівня діяльності судової влади відповідно до принципів праводержавності, гарантування свободи слова та інформації, проведення вільних виборів, легального й реального існування опозиції та багатопартійності тощо.

Разом з тим слід зазначити, що громадянське суспільство не може існувати поза державою, бо в широкому його тлумаченні більшість дослідників-неправознавців схиляються до думки, що складовим елементом громадянського суспільства є держава та державна влада. Державна влада має відповідати своєму визначенню та мати повноваження щодо легітимного застосування сили як стосовно суспільства в цілому, так і конкретних індивідів.

У контексті взаємодії громадянського суспільства з державою методологічно виправданим і практично обґрунтованим видається ретроспективне історико-правове звернення до осмислення процесу наукового становлення ідей взаємодії громадянського суспільства і держави в Україні та за її межами. У цьому випадку темою нашого дослідження є генеза цих ідей у німецькій правовій думці другої половини ХVІІІ — першої третини ХІХ ст.

Важливим етапом у розвитку ідей взаємодії держави та громадянського суспільства є концепції німецької правової думки, викладені у творах І. Канта, Й. Г. Фіхте, Г. В. Ф. Гегеля. Ці науковці розвинули ідею панування права, яка стала тією загальною основою, завдяки якій забезпечується співіснування громадянського суспільства та правової держави. Так, на думку І. Канта, головною умовою взаємодії держави і суспільства є наявність «громадянського правового стану», який реалізується через сукупність законів, виданих для спільноти, народу, декількох народів. Визнаючи необхідність існування громадянського суспільства, І. Кант надавав великого значення державі як об'єднанню багатьох людей, що підпорядковуються правовим законам. Саме така держава, згідно з І. Кантом, є правовою. Влада такої держави, з одного боку, забезпечує верховенство законів як стосовно своїх громадян, так і щодо себе. Така держава забезпечує реалізацію принципу розподілу державної влади та її поділу на владу верховну в особі законодавця, виконавчу владу в особі правителя та судову владу в особі судді. З погляду взаємодії громадянського суспільства і держави І. Кант надавав великого значення її окремим гілкам. Так, законодавча влада, на його думку, належить об'єднаній волі народу, завдяки якій рішення, що приймаються законодавцями, є справедливими. Ці рішення є справедливими за умови, що вони будуть легітимованими всіма громадянами як членами суспільства. Забезпечення механізму прийняття правових законів залежить від забезпечення державою кожному громадянину права на голосування. Що на практиці означає забезпечення можливості кожному громадянину брати безпосередню участь у здійсненні державної влади і діяти відповідно до власної волі. З погляду загального права всі рішення законодавчого органу мають відповідати умовам свободи та рівності для всіх без винятку членів суспільства.

В аналізі суті й ролі виконавчої влади у правовій державі та її ставленні до громадянського суспільства І. Кант наголошує, що на відміну від законодавчої влади та її обов'язкових законів для всього суспільства, виконавчі органи можуть приймати лише постанови чи декрети, які хоч і є обов'язковими для виконання, але тільки щодо окремих осіб та в окремих випадках. На відміну від законодавчої влади, виключною ознакою якої є суверенітет, виконавча влада не має статусу суверена. Останній гілці державної влади — судовій І. Кант надавав великого значення. На його глибоке переконання, саме судова влада здатна забезпечити ефективну взаємодію держави та громадянського суспільства через суддів як представників народу. Втім судді наділені спеціальними владними повноваженнями здійснення процесу правосуддя. Реалізація принципу розподілу державної влади, повноважень її різних органів врешті-решт має своїм наслідком досягнення синтезу блага громадян та блага держави [1, с. 281].

Такий стан досягається завдяки обмеженням, накладеним на правову державу з боку громадянського суспільства. У свою чергу, процес взаємодії громадянського суспільства із правовою державою передбачає для його членів цілий ряд обмежень, а саме: заборону сумніву членів суспільства стосовно верховенства влади права, недопущення відмови народу у покорі державній владі. Єдиним правильним засобом впливу громадянського суспільства на державну владу в правовій державі є парламент, що складається з обраних та уповноважених представників народу. Згідно з політико-правовими поглядами І. Канта, єдино правильною формою співіснування держави і суспільства є правова держава, яка ґрунтується на пануванні закону.

Своєрідний погляд на проблему взаємодії громадянського суспільства і правової держави мав Й. Г. Фіхте, який вважав, що обидва ці феномени виникають одночасно. При цьому він зазначав, що громадянське суспільство не може існувати поза правовою державою, оскільки тоді зникає право, а разом з ним і відносини взаємної відповідальності між окремими громадянами. Правова держава також не може стояти поза громадянським суспільством, оскільки відмова індивідів від первинної угоди щодо обмеження власної свободи спричинятиме руйнацію принципу верховенства права. Аналізуючи умови, які забезпечують існування «правового» і «громадянського» стану, Й. Г. Фіхте доходить висновку, що основою конституювання громадянського суспільства є відносини власності. Лише власність забезпечує перетворення людини у громадянина, а відповідно суспільство, яке ґрунтується на приватній власності як умові свободи і самоствердження, стає громадянським суспільством.

Згідно із вченням Й. Г. Фіхте, як він його викладає у своїй праці «Замкнена торгова держава», між державою та індивідом укладається своєрідний договір, за яким індивід погоджується на певне обмеження своєї свободи і зобов'язується підпорядковуватися загальним настановам держави, а держава, відповідно, гарантує безпеку індивідові та його власності, гідні умови існування для нього та його родини, а також рівне застосування правових норм для всіх членів суспільства. При цьому сама генеза державності як шлях до укладання суспільного договору між вільними членами суспільства, унаслідок чого і утворюється така єдність, як громадянське суспільство, викладається Й. Г. Фіхте таким чином: «Припустимо, що певна кількість людей живуть спільно, перебуваючи у межах однієї й тієї ж сфери діяльності. Кожен з них виявляє себе у вільному пошуку їжі та радощів. Проте одного разу хтось із них стає на шляху в іншого. Він руйнує те, що інший розбудував; псує чи використовує для себе те, на що той розраховував. Інший же вчиняє зі свого боку щодо першого так само, як вчиняє кожен щодо всіх інших. Про моральність, справедливість та все інше ми не розмірковуватимемо, оскільки зараз йдеться виключно про науку про право. Отже, навіть поняття права не можна застосовувати за таких обставин. Адже зрозуміло, що ані ґрунт, який псують, ані дерево, яке позбавляють його плодів, не заходитимуть у правову суперечку з тією людиною, яка так вчиняє. Але навіть у тому випадку, якщо б шкоди було завдано однією людиною іншій, то які докази могла б навести перша на захист того, що ніхто, окрім неї самої, не вправі так же вільно пересуватись по землі та використовувати її плоди, як це робить вона?»

У подібному стані жоден не є вільним, оскільки всі є необмежено вільними. Ніхто не може нічого створити, сподіваючись на те, що воно проіснує хоча би мить. Із такого взаємозіткнення вільних сил можна знайти вихід виключно в тому, що відокремлені індивіди домовляються між собою. Один каже іншому: «Мені перешкоджає, коли ти це робиш». Тоді перший відповідає: «Якщо так, то я згоден не робити цього, що перешкоджає тобі, на тих умовах, що ти не робитимеш того, що завдає шкоди мені». Інший робить зі свого боку таку саму заяву, і починаючи з цієї миті, обидва дотримуються свого слова. Лише тепер кожен член суспільства має дещо своє, що належить виключно йому, — має право» [2, с. 237–238].

Звичайно, держава як «надсила», що переважає силу кожного окремого індивіда, може і повинна здійснювати примус стосовно будь-якого члена суспільства, якщо він порушив взяті на себе зобов'язання, але, як підкреслював

Й. Г. Фіхте, цей примус має бути правомірним, тобто влада повинна діяти лише відповідно до цивільних та кримінальних законів: «держава повинна законом і примусом забезпечити всім своїм громадянам гідний стан» [2, с. 258–259]. Саме тому «уряду описаної держави рідко видається карати, оскільки головне джерело злочинів приватних осіб — тиск справжньої злиденності чи страх перед нею у майбутньому — знищено... значну кількість злочинів взагалі унеможливлено внаслідок введення чіткого порядку... злочинів проти держави можна також не лякатися, адже підданим живеться гарно, а держава є їх головною благодійницею» [2, с. 353].

Таким чином, виникнення громадянського суспільства та правової держави супроводжується укладанням угоди між окремими індивідами, яке фіксує право кожного як стосовно власної свободи, так і щодо інших. Провідним правом серед інших Й. Г. Фіхте вважав право, яке встановлює відносини власності, що з часом поширюються на всі суспільні відносини, включаючи політичні, економічні та соціальні, які стають основою формування громадянського суспільства.

Одним із провідних напрямів правової держави, на його думку, має бути забезпечення рівня добробуту громадян та створення гідних умов для існування членів громадянського суспільства в обсязі «мінімальної держави». Але головним завданням правової держави у процесі взаємодії з громадянським суспільством є поява функцій арбітра та судді у суперечках, що виникають у ході розвитку. Разом з тим він наголошував, що піклування про добробут громадян є внутрішнім її інтересом. Держава має проводити податкову політику щодо своїх громадян, вилучати частину їх прибутків для реалізації загальносуспільних цілей. Але держава на практиці через податки бере з громадян не стільки коштів, скільки їм потрібно, а лише стільки, скільки можна стягнути. Адже з незаможних членів суспільства нема чого брати. Тому держава «об'єднує» всіх членів громадянського суспільства «в одне тіло», добробутом якого вона має опікуватися. Крім захисту права власності членів громадянського суспільства, держава повинна думати й про те, щоб кожен член громадянського суспільства мав таку власність і отримував від неї якнайбільший прибуток: «...там, де держава стежить лише за тим, щоб ніхто нічого в іншого не взяв, і не турбується, щоб кожен щось мав, хоча й існує громадянське суспільство, об'єднане законами та загальним судом, але нема громадянського суспільства, об'єданого власністю» [3, с. 239]. Тож концепція Й. Г. Фіхте передбачає як обов'язкову умову формування правової держави наявність громадянського суспільства, існування якого об'єктивно забезпечує принцип панування права, а існування правової держави забезпечує його дотримання та реалізацію.

Логічним продовженням і завершальним етапом у розвитку концепції взаємодії громадянського суспільства і правової держави, розробленої представниками школи німецької класичної філософії, була правова теорія Г. В. Ф. Гегеля. Її суть полягала в розмежуванні понять громадянського суспільства та держави. Він дійшов висновку, що соціальне життя, характерне для громадянського суспільства, відрізняється одночасно як від етичного світу сім'ї, так і від публічного життя держави. Воно, на думку Г. В. Ф. Гегеля, включає ринкову економіку, соціальні класи, корпорації, інститути, завданням яких є забезпечити життєздатність суспільства і реалізацію громадянського права. Таким чином, громадянське суспільство — це, фактично, комплекс приватних осіб, класів, груп,

інститутів, взаємодія яких регулюється цивільним правом, і які, як такі, прямо не залежать від політичної держави. За Г. В. Ф. Гегелем, сім'я як перший етичний корінь держави є сутнісне ціле, члени якого вважають себе акциденцією, а не конкуруючими між собою індивідами, пов'язаними якимось договором. Щодо громадянського суспільства, то його численні складові є нестійкими, одні приватні інтереси стикаються з іншими, причому надмірний розвиток одних елементів громадянського суспільства може заглушити інші.

Громадянське суспільство у тлумаченні Г. В. Ф. Гегеля — це опосередкована працею система потреб, яка ґрунтується на системі приватної власності й усезагальній формальній рівності людей. «Громадянське суспільство — це об'єднання членів як самостійні, одиничні у формальній, і таким чином, загальній спільноті на основі їх потреб і через правовий устрій як засіб забезпечення безпеки осіб і власності, і через зовнішній порядок для їх особистих та загальних інтересів» [3, с. 208]. Поява такого суспільства, пов'язана зі становленням буржуазного суспільства. Громадянське суспільство не може залишатися громадянським доти, доки воно не управляється політично під наглядом держави. Лише верховна публічна влада — конституційна держава може успішно впоратися з його несправедливостями і синтезувати конкретні інтереси в універсальну політичну спілку. З цієї позиції Г. В. Ф. Гегель критикував сучасну йому теорію природного права за те, що вона змішувала громадянське суспільство і державу, розглядаючи останню як партнера її підданих, і тим самим ставила під сумнів абсолютний божественний принцип держави. Відносини громадянського суспільства і держави можна визначити з позицій політичної реальності, переваг і недоліків обмеження самостійності, абстрактної свободи і конкурентного плюралізму громадянського суспільства на користь універсальних державних прерогатив. Держава уособлює суспільство в його єдності. Громадянське суспільство одночасно зберігається і перемагає як необхідний, але підпорядкований аспект ширшої, складнішої, вищої спілки, якою є держава. Для Г. В. Ф. Гегеля громадянське суспільство не є природною квінтесенцією життя людини, яка виникає одночасно з початком історії, оскільки воно обов'язково повинно містити в собі таких три компоненти: 1) опосередкування потреби та задоволення одиничного завдяки власній праці та праці всіх інших членів суспільства; 2) захист власності завдяки правосуддю; 3) увага та повага до одиничного інтересу як до загального за допомогою поліції та корпорацій. Г. В. Ф. Гегель приносить у цю теорію властивий всім його поглядам історизм: громадянське суспільство, каже він, є лише продуктом історичного розвитку і виникає воно тільки у сучасному світі, адже його невід'ємними рисами є наявність суспільних класів, ринкова економіка, існування численних корпорацій та інститутів, які впливають на загальний рівень добробуту, а також системи громадянського права, яка всебічно регулює цивільно-правові відносини членів громадянського суспільства. Це, швидше, поле битви приватних інтересів, каже він, де одні завжди перемагають інших. Таким чином, у баченні Г. В. Ф. Гегеля, громадянське суспільство — це деполітизована маса, де превалюють суто економічні інтереси, а стихія його існування — це постійно триваючий конфлікт інтересів.

Зрозуміло, що рано чи пізно подібний незгасаючий конфлікт інтересів призведе до вибуху. Для того, щоб цього не сталося, каже Г. В. Ф. Гегель, виникає потреба у такій державі, яка би політико-правовими засобами спромоглася структурувати громадянське суспільство [3, с. 342]. При цьому слід підкреслити

ту роль права, яку він виділяє в діяльності держави. Загальна держава Г. В. Ф. Гегеля також з необхідністю повинна бути правовою, оскільки її визначальними рисами є конституційність та верховенство закону: держава повинна піклуватися, по-перше, про те, щоби індивіди могли діяти за своєю волею; по-друге, щоб вони були пов'язані з нею і по-третє, щоб ця зв'язаність не виявлялась як зовнішня влада, як сумна необхідність, якій слід підкорюватись, щоб у своєму розумінні люди змирилися з цим і сприймали зв'язаність не як ланцюги, а як найвищу «моральнісну необхідність». У концепції взаємодії громадянського суспільства та правової держави Г. В. Ф. Гегеля домінує не громадянське суспільство, а конституційна держава. Тому зовсім не випадковим видається одне з відомих гегелівських визначень стосовно того, що держава являє собою суспільство в його єдності. Подібна специфіка тлумачення взаємодії громадянського суспільства та правової держави зумовлює те, що згідно з концепцією Г. В. Ф. Гегеля держава, з одного боку, не є всевладним контролером, який безпосередньо втручається в життя всіх інших інститутів (чим більше функцій вона залишатиме на долю системи самоорганізації громадянського суспільства, тим краще), а з другого боку, держава все ж таки не вправі обмежувати сферу своєї діяльності виконанням виключно адміністративних функцій. Для Г. В. Ф. Гегеля громадянське суспільство *ex definitione* вимагає безумовної присутності держави [3, с. 434].

У цьому сенсі слід вказати на ті умови, настання яких, за Г. В. Ф. Гегелем, виправдовує державне втручання в життя громадянського суспільства. По-перше, це втручання є виправданим і необхідним, якщо воно має своєю метою виправлення соціальної несправедливості та нерівності всередині громадянського суспільства. З огляду на співвідношення громадянського суспільства та правової, соціальної держави надзвичайно важливим є те, що, знову ж таки, право держави впливати на процеси, що відбуваються у громадянському суспільстві, виправдовується правом самого ж суспільства та його членів на рівність та справедливість. Тому, переводячи цю першу тезу Г. В. Ф. Гегеля на сучасну мову правової науки, можна переформулювати її таким чином: взаємодія між громадянським суспільством та державою відбувається у формі соціально-правової держави, коли правова держава встановлює систему захисту основних громадянських прав і свобод, а соціальна держава забезпечує гарантування певного спектру цих прав. Як зазначав В. Селіванов [4, с. 93], соціальні «правила гри», що встановлюються правовою, соціальною державою, і зокрема законодавче поле, покликані стримувати конкурентні (іноді деструктивні) прагнення сегментів громадянського суспільства з метою збереження цілісності всього суспільства та організації взаємодії індивідуального і суспільного, приватного і публічного факторів, які завжди перебувають у відносинах взаємопроникнення і кожний з яких є внутрішньо суперечливим.

Наступною умовою, про яку згадує Г. В. Ф. Гегель, є право втручання держави в життя громадянського суспільства з метою реалізації загального інтересу. Однак це положення виявилось найменш розробленим у його «Філософії права», оскільки, чим саме виступає цей «загальний інтерес» і хто врешті-решт його визначає, він так і не конкретизував.

Разом з тим Г. В. Ф. Гегель, захищаючи за державою право на втручання у сферу існування та діяльності громадянського суспільства, чітко визначав ті випадки, за яких це втручання неприпустиме. Мова йде про два таких випадки:

коли втручання держави є єдиним засобом виправлення правопорушень чи справедливості, яка набуває своїх граничних ознак; коли це втручання виправдовується загальним благом. Застосування поняття «загальне благо» постає досить проблематичним, якщо базовою ознакою громадянського суспільства є саме домінування приватних та одиничних інтересів. Стосовно першого мотиву, то він постає таким чином: взаємодія між громадянським суспільством та державою відбувається у формі правової, соціальної держави, коли держава встановлює систему захисту основних громадянських прав і свобод, а соціальна держава забезпечує гарантування нового спектру цих прав.

Таким чином, простеживши розвиток ідей у німецькій правовій думці другої половини XVIII — першої третини XIX ст. стосовно співвідношення понять громадянського суспільства та держави, можна зробити висновок, що незалежно від ставлення того чи іншого мислителя до природи та сутності громадянського суспільства, а також їх поглядів на походження самої держави, всі зазначені у дослідженні мислителі завжди розглядали чи то громадянське суспільство, чи правову державу як взаємозалежні та взаємодоповнюючі чинники.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кант И.* Сочинения : в 6 т. / И. Кант. — М. : Мысль, 1965. — Т. 4. — Ч. 1. — 544 с.
2. *Фихте И. Г.* Собрание сочинений : в 2 т. / И. Г. Фихте. — СПб. : Мифрил, 1993. — Т. 2. — 798 с.
3. *Гегель Г. В. Ф.* Философия права / Г. В. Ф. Гегель. — М. : Мысль, 1990. — 524 с.
4. *Селіванов В.* Проблеми трансформації власності і права в Україні / В. Селіванов // Віче. — 1997. — № 5.

Скрипнюк О. В. Проблеми взаємодії громадянського суспільства і держави в класичній німецькій правовій традиції другої половини XVIII — першої третини XIX ст.

Анотація. У статті на основі аналізу праць видатних німецьких мислителів І. Канта, Й. Г. Фіхте та Г. В. Ф. Гегеля розкривається феномен взаємодії і взаємозалежності держави і громадянського суспільства в німецькій правовій традиції другої половини XVIII — першої третини XIX ст., аналізуються основи і форми цієї взаємодії, їх генеза. Зазначається, що ключовими аспектами цього процесу німецької специфіки виступають панування закону, розподіл державної влади, наявність демократичних механізмів суспільної організації, соціальна справедливість тощо.

Ключові слова: держава, громадянське суспільство, взаємодія, панування закону, розподіл влад, демократія, права і свободи, соціальна справедливість.

Скрипнюк А. В. Проблемы взаимодействия гражданского общества и государства в классической немецкой правовой традиции второй половины XVIII — первой трети XIX в.

Аннотация. В статье на основе анализа трудов выдающихся немецких мыслителей И. Канта, И. Г. Фихте и Г. В. Ф. Гегеля раскрывается феномен взаимодействия и взаимозависимости государства и гражданского общества в немецкой правовой традиции второй половины XVIII — первой трети XIX в., анализируются основания и формы такого взаимодействия, их генезис. Отмечается, что ключевыми аспектами данного процесса немецкой специфики выступают господство закона, распределение государственной власти, наличие демократических механизмов общественной организации, социальная справедливость и т. п.

Ключевые слова: государство, гражданское общество, взаимодействие, господство закона, разделение властей, демократия, права и свободы, социальная справедливость.

Skrypnik O. Issues of Interaction Between Civil Society and State in the Classical German Legal Tradition of the Mid-to-Late of the 18th Century — the 1st Third of the 19th Century

Summary. Based on analysing the works of the eminent German philosophers I. Kant, J. G. Fichte and G. W. F. Hegel the phenomenon of interaction and interdependence of state and civil society in the German legal tradition of the mid-to-late of the 18th century — the 1st third of the 19th century is revealed. The grounds, forms and genesis of such interaction are analysed. It is noted that the key aspects of this process with German specifics are the rule of law, separation of powers, democratic mechanisms of social organization, social justice, etc.

Key words: state, civil society, interaction, rule of law, separation of powers, democracy, rights and freedoms, social justice.

ЛЮДВИГ ВІТГЕНШТАЙН І РОЗВИТОК АНАЛІТИЧНОЇ ТРАДИЦІЇ У ФІЛОСОФІЇ ПРАВА¹

А. ДІДІКІН
*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
(Інститут філософії та права
Сибірського відділення РАН,
Новосибірськ, Росія)*



Особливості юридичної мови та її філософського осмислення визначаються специфічними функціями права як соціального регулятора суспільних відносин. У філософії права існує низка теорій, що акцентують увагу на тому, яким чином правові явища відображаються за допомогою правових висловлювань. Зокрема, у нормативізмі Г. Кельзена право являє собою ієрархію логічно взаємопов'язаних норм права, що мають загальний та індивідуальний характер. Такі норми, безумовно, містять модель належного розвитку суспільних відносин і способи їх регулювання, проте до таких відносин незастосовні традиційні причинно-наслідкові зв'язки, оскільки емпірично спостережувані дії можуть набути юридичного змісту та значення тільки за наявності акта уповноваженого суб'єкта [1, с. 274]. Інакше кажучи, правова реальність та її відбиття в юридичній мові суттєво відрізняються від відповідного відбиття інших об'єктів у світі. Аналогічно й Г. Л. А. Гарт відзначає аскриптивний характер юридичних висловлювань, оскільки використання граматичних конструкцій у праві, на відміну від інших сфер знання, передбачає одночасне вчинення юридично значущої дії, здійснення кваліфікації та оцінки подій і дій, а в деяких випадках — притягнення до відповідальності [2, с. 124]. Невипадково епістемологічні питання виникають саме по лінії взаємодії змісту норм права, правових відносин і дій, а також щодо повноти відбиття у нормах права існуючих відносин та розмаїття людських дій.

Проблема дотримання правила, сформульована Л. Вітгенштайном у пізній період його творчості, послужила однією з основ так званого «лінгвістичного повороту» у філософії права та становленні аналітичної традиції. Дискусії в сучасній аналітичній філософії права невиняково концентрують увагу на спадщині Вітгенштайна, адже понятійний апарат у правовій сфері формується на ґрунті базових філософських категорій аналітичної філософії.

¹ Переклад з російської В. Смородинського.

Класичне формулювання проблеми дотримання правила у Вітгенштайна, яка у філософській літературі розглядається як парадокс (В. Суровцев, В. Ладов) [3; 4], що має безліч лінгвістичних інтерпретацій (С. Кріпке, Г. Бейкер, П. Гакер та ін.) [5; 6], є таким: «жоден образ дій не міг би визначатись якимось правилом, оскільки будь-який образ дій можна привести у відповідність до цього правила» [7, с. 163]. Використання вітгенштайнівського поняття «правило» багатьох філософів права вводить в оману, але підкреслює нормативні наслідки, що стосуються безлічі мовних практик, де дії можуть оцінюватись як правильні або неправильні. Така оцінка по своїй суті дозволяє інтерпретувати правила, описуючи ситуацію «мовної гри» й визначаючи зміст правила. Ключове філософське питання полягає в пошуку такої адекватної інтерпретації, усуненні суперечностей при вживанні слів і виявленні формулювання правила, з приводу якого в лінгвістичній спільноті існує згода. Однак, дотримуючись думок Вітгенштайна, можна побачити, що інтерпретація правила часто-густо дозволяє лише замінити одне формулювання іншим, зберігаючи при цьому питання про ступінь відповідності емпірично спостережуваних дій правилу [8, с. 145–149; 9, с. 131].

Аргументи Вітгенштайна щодо проблеми відповідності правилу сформувавши низку неоднозначних інтерпретацій цієї філософської проблеми в аналітичній філософії права у світлі питання про визначеність юридичних правил та їх приписів. Реалісти вказують на те, що право за своєю природою є фундаментально невизначеним явищем, і причини такого стану справ криються в повсякденній мові. Невизначеність мови та її конструкцій неминуче призводить до невизначеності юридичних висловлювань, оскільки функцією норм права, що містять правила поведінки, є розкриття розмаїття дій людей і відносин між ними [10, с. 105]. Реалісти значною мірою спираються на інтерпретацію аргументів Вітгенштайна, що наведена Кріпке. Якщо математичне правило додавання застосовується нами інтуїтивно (наприклад, якщо нам необхідно продовжити числовий ряд на основі правила додавання «додати 2»), то при здійсненні математичних операцій ми завжди знаходимо правильну відповідь [5]. Те саме, на думку реалістів, відбувається при прийнятті юридичних рішень. Коли суддя приймає рішення, він спирається не на формальне дотримання юридичного правила, яке зазвичай є невизначеним за змістом і містить прогалини, а на чинні соціальні практики застосування таких правил, а також на інші соціальні чинники, що формують контекст прийняття судового рішення (норми моралі, ідеологію, професійні стандарти тощо). Реалісти підкреслюють, що невизначеність правил є нездоланною й присутня в усіх випадках. Юридичні правила первісно містять безліч альтернативних інтерпретацій, вибір яких суддею або іншою посадовою особою може здійснюватися досить вільно, за винятком формальних обмежень (наприклад, можливості оскарження та скасування судового рішення вищою інстанцією) [11, р. 37].

Чи є коректною така інтерпретація поглядів Вітгенштайна? Відомою є думка одного з учасників дискусії, Браяна Бікса, що інтерпретація Кріпке давно викликає низку заперечень й її екстраполяція у сферу права є неприпустимою [11, р. 46]. Вітгенштайн підкреслює конвенційний характер мови й розмаїття «мовних ігор», проте з цього факту не впливає відсутність хоча б тимчасового консенсусу з приводу вживання слів. Такий консенсус може мати політичну та ідеологічну основу, й саме тому застосування правил може бути гнучким і досить визначеним.

Реалісти не помічають й іншого наслідку використання інтерпретації Кріпке — скептичного аргументу, який спотворює ідеї Вітгенштайна. Скептичний аргумент полягає в тому, що ми не можемо знати про те, що дотримуємося правила («ми дотримуємося правила сліпо»), й відсутність такого знання не дозволяє обґрунтувати цей процес. Водночас Вітгенштайн звертає увагу на питання про те, як правило визначає наші дії. Якщо знаків та символів у структурі правила недостатньо, щоб знати, які певні дії необхідно вчинити, то й додавання знаків та символів не виключає невизначеності. Скептичний аргумент поряд із реалістами поділяє й Девід Пірс, вказуючи на те, що мова може використовуватися незалежно від її ставлення до світу: «жодне правило не може бути в основі слів, і повний вираз будь-якого правила повинен включати його поточні вживання» [12, р. 468]. Таким чином, дотримання правила є невіддільним від дій, що відповідають або не відповідають йому: «Отже, “дотримання правила” є певною практикою. Уважати ж, що дотримуєшся правила, не означає дотримуватися правила насправді. Отже, правила не можна дотримуватися лише “приватно”; інакше “уважати, що дотримуєшся правила” і “дотримуватися правила” було б одним і тим самим» [7, с. 163].

Б. Бікс демонструє спрощений підхід реалістів у філософії права до інтерпретації поглядів Вітгенштайна, що призводить до необґрунтованих висновків про специфіку юридичної мови. В основі проблеми дотримання правила лежать розуміння мови як «форми життя» і поділ простих та складних випадків слововживання. У простих випадках ми застосовуємо правила однаково. Наприклад, ми можемо продовжити серію висловлювань на основі правила додавання «додати 2» як «1000, 1002, 1004» [11, р. 48]. Слово «ми» у цьому випадку включає всіх, хто поділяє одну форму життя, хто навчається одним правилам однаково. Проте той факт, що ми діємо однаково, не робить цю практику такою, що відповідає правилу. Необхідним є критерій для такого правильного слововживання, або ж ми повинні бачити поняття «правильності» у використанні мовних виразів.

У простих випадках, за Вітгенштайном, не може бути підстав, що точно визначають дії: нема ментального стану, внутрішнього голосу або метафізичної ідеї. Не існує якоїсь сутності, яка обґрунтувала б чи пояснювала, чому ми діємо певним чином, використовуючи правило додавання «додати 2». Це той випадок, коли люди навчаються діяти схожим чином за одними правилами. Як метафорично зазначає Вітгенштайн, «як фіксується дотримання правила? Може, “логічно” фіксується? І за допомогою інших правил, і ніяк! — чи, може, це означає: як ми погоджуємося дотримуватися правила так і не інакше? Через навчання, тренування й форми нашого життя. Це питання не згоди, а форм життя» [11, р. 44].

У дискусіях про дотримання правила у філософії права також виникає питання про те, що є підставою вважати правильним один спосіб дотримання правила, ніж інший. Зокрема, Денніс Паттерсон розглядає дві можливі відповіді — віра в те, що правило саме визначає, як потрібно діяти, або ж згода в суспільстві робить один підхід більш правильним, ніж інший. Він вважає, що інтерпретація правил може бути досить широкою й її допустимість визначається соціальним контекстом застосування правила. У юридичній мові часто-густо комбінація різних мовних конструкцій дозволяє здійснювати тлумачення норми права й адекватне з'ясування її сенсу. Наприклад, суддя може надати

роз'яснення про те, як виконувати прийняте судове рішення, а орган законодавчої влади — надати визначення термінів у законі. Також у країнах англосаксонської правової системи поширені випадки тлумачення юридичних правил правовою доктриною, що дозволяють однаково застосовувати відповідні норми права. Саме такі зручні інтерпретації практики, на думку Паттерсона, дозволяють в юридичній мові подолати парадокси дотримання правила [13]. Аналогічні міркування наводить Браян Лангілл, який стверджує, що «ідея Гарта про суддів, що використовують соціальні правила з внутрішньої точки зору, по суті є застосуванням до юридичного правила фундаментального аргументу Вітгенштайна про дотримання правила» [14, р. 498].

Б. Бікс разом з антиреалістами не підтримує таку довільну інтерпретацію аргументів Вітгенштайна щодо права, оскільки право являє собою рефлексивну діяльність, учасники якої розглядають, обговорюють та аргументують свої дії та рішення [11, р. 48]. На відміну від прикладу з математичним складанням, юридичні порушення права припускають недотримання правил, установлених нормами права. Крім того, термінологія Вітгенштайна не має нічого спільного з юридичною термінологією. Наприклад, у його розумінні «граматика» — більш широке поняття, яке включає й практики використання слів, критеріїв і підстав, що допускають нормальне слововживання. Він вважав, що багато філософських проблем виникають через порушення граматичних правил. Тим самим поза лінгвістичним контекстом й «мовними іграми» виявити проблему дотримання правила за аналогією неможливо.

Антиреалісти на додаток до аргументів Б. Бікса заперечують тезу про те, що повсякденна мова є фундаментально невизначеною. Із міркувань Вітгенштайна не випливає, що стабільні значення виразів і конвенції щодо слововживання є недосяжними. Дотримання правил визначається соціальним контекстом вживання виразів, а навчання розумінню правил сприяє визначеності (Б. Лангілл, А. Мармор та ін.) [14; 15]. Саме практика правозастосування дозволяє вирішувати складні судові справи, а також постійно уточнювати приписи норм права.

Розглянуті позиції інтерпретують лише можливості застосування поглядів Вітгенштайна, проте не зачіпають специфіку використання юридичної термінології. Адже норма права не тільки має лінгвістичний зміст і формулюється з урахуванням правил граматики, а й виконує регулятивні функції, тобто містить приписи, при порушенні яких настає юридична відповідальність або певні форми неюридичної відповідальності. Гарт справедливо вказує на аскриптивний характер правових понять і правових висловлювань, адже ключова функція юридичних термінів — забезпечувати кваліфіковану оцінку здійснюваних дій, бути сполучною ланкою між юридичними правилами і соціальними відносинами [16, с. 162]. У цьому сенсі норми права є імперативними й не можуть оцінюватися на істинність або хибність за змістом, оскільки виступають інструментом соціального регулювання. Однак нормативний припис у структурі норми права є правилом, і у складних випадках невизначеність правила може породжувати прогалини у праві або труднощі з юридичною кваліфікацією дій, що ускладнює застосування норми права. Звідси безумовна актуальність міркувань Вітгенштайна і для правової сфери.

Одне з питань полягає в тому, чи є можливими юридично значущі дії, обумовлені нормами права. У концепції Гарта саме первинні та вторинні правила утворюють основу правової системи й обумовлюють характер її розви-

тку [17, с. 86–87]. Первинні правила, що безпосередньо регулюють соціальні відносини, в юридичній формі фіксують вирази повсякденної мови, допускають альтернативні варіанти поведінки. Тоді як вторинні правила, навпаки, на мета-рівні визначають правові процедури, повноваження, механізми прийняття юридичних рішень. Інакше кажучи, вторинні правила надають стабільності правовій системі, усувають можливі прогалини в первинних правилах. Однак і в такій системі правил можливе виникнення «відкритої структури», простору інтерпретацій, коли первинні правила не встановлюють спосіб регулювання суспільних відносин. Утім, на відміну від реалістів, Гарт не допускає фундаментальної невизначеності правил, оскільки суддівський розсуд обмежений цілями й принципами розвитку правової системи, а також мінімальним моральним змістом норм права.

Другим важливим питанням є значення проблеми дотримання правила як умови легітимності юридично значущих дій. Дотримання правила усуває свавільний характер юридичних рішень, а судові рішення ґрунтуються на юридичній кваліфікації емпіричних фактів і подій. У концепції Гарта цій тезі відповідає «правило визнання», яке забезпечує взаємодію рівнів правил і містить критерії системності правового регулювання, а в деяких випадках — і фундаментальні цінності правової системи в цілому. Правило визнання виступає концептуальною основою й умовою формування інших видів правил, що надає більшій визначеності та стабільності тлумаченню нормативних приписів і прийняттю юридичних рішень.

Існує позиція відомих послідовників Вітгенштайна — Г. Бейкера і П. Гакера про те, що інтерпретація правила до його застосування є неможливою, з чого випливає, що факти застосування правила й створюють його інтерпретацію [6, с. 153]. Практика використання судових прецедентів у країнах англосаксонської правової системи відповідає цій тезі. Нормативні приписи мотивувальної частини прецеденту дозволяють більш гнучко приймати судові рішення, застосовувати аналогію закону й аналогію права, і, як правило, інтерпретуються у процесі їх застосування.

Специфіка юридичної мови виявляється в тому, що дотримання юридичних правил може відбуватися як у процесі прийняття законів (дотримання парламентських процедур, визначення загальних понять у законі — прикладом є визначення поняття «транспортний засіб» у Гарта), тобто до виникнення правового регулювання, так і в процесі правозастосування, коли тлумачення та інтерпретація правил є необхідними для їх правиловідповідного застосування. Легітимність процедур обумовлює подальшу правиловідповідність дій суб'єктів права і виступає основою визначеності при прийнятті юридичних рішень.

Таким чином, аналіз аргументів реалізму й антиреалізму, а також скептичної аргументації проблеми дотримання правила в класичних працях Вітгенштайна та його послідовників мають важливе значення для розуміння специфіки юридичної мови і правових висловлювань в аналітичній філософії права. Особливості правового регулювання соціальних відносин, взаємодії нормативних приписів, дій та їх юридичної кваліфікації не дозволяють застосовувати традиційні уявлення про істинність/хибність таких висловлювань. Проблема дотримання правила з погляду прямого використання аргументів Вітгенштайна у правовій сфері не виявляється, проте у складних випадках «відкритої структури» права, а також при прийнятті юридичних рішень методоло-

гічний підхід Вітгенштайна є корисним і необхідним, сприяючи уточненню змісту юридичних понять та їх конкретизації.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кельзен Г.* Причинность и вменение / Г. Кельзен ; пер. с англ. А. Б. Дидикина // Scholae. Философское антиковедение и классическая традиция. — 2015. — Т. 9. — Вып. 2. — С. 265–282.
2. *Оглезнев В. В.* Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права / В. В. Оглезнев. — Томск : Изд-во ТГУ, 2012. — 204 с.
3. *Ладов В. А.* Иллюзия значения. Проблема следования правилу в аналитической философии / В. А. Ладов. — Томск : Изд-во ТГУ, 2008. — 326 с.
4. *Суровцев В. А.* Витгенштейн и Крипке: следование правилу, скептический аргумент и точка зрения сообщества / В. А. Суровцев, В. А. Ладов. — Томск : Изд-во ТГУ, 2008. — 136 с.
5. *Крипке С.* Витгенштейн о правилах и индивидуальном языке / С. Крипке ; под общ. ред. В. А. Суровцева. — Томск : Изд-во ТГУ, 2005. — 225 с.
6. *Бейкер Г. П.* Скептицизм, правила и язык / Г. П. Бейкер, П. М. С. Хакер ; под общ. ред. В. А. Суровцева. — М. : Канон, 2008. — 240 с.
7. *Витгенштейн Л.* Философские работы. Т. 1 / Л. Витгенштейн. — М. : Мысль, 1994. — 456 с.
8. *Грязнов А. Ф.* «Скептический парадокс» и пути его преодоления / А. Ф. Грязнов // Вопр. философии. — 1989. — № 12. — С. 140–151.
9. *Сокулер З. А.* Проблема «следования правилу» в творчестве Л. Витгенштейна и ее интерпретации / З. А. Сокулер // Современная аналитическая философия. Вып. 1. — М. : ИНИОН, 1988. — 198 с.
10. *Дидикин А. Б.* Онтология и эпистемология права: аналитическая традиция / А. Б. Дидикин, В. В. Оглезнев. — Новосибирск : Изд-во НГУ, 2012. — 200 с.
11. *Bix B.* Law, Language and Legal Determinacy / B. Bix. — Oxford : Clarendon Press, 1993. — 231 p.
12. *Pears D.* The False Prison / D. Pears. — Oxford : Clarendon Press, 1988. — 542 p.
13. *Patterson D.* Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative / D. Patterson // Virginia Law Review. — 1990. — Vol. 76. — P. 937–947.
14. *Langille B.* Revolution without Foundation. The Grammar of Scepticism and Law / B. Langille // McGill Law Journal. — 1988. — Vol. 33. — P. 451–505.
15. *Marmor A.* The Nature of Law (2001) / A. Marmor // Stanford Encyclopedia of Philosophy. — Mode of access: World Wide Web: www.plato.stanford.edu (viewed on November 27, 2015). — Title from the screen.
16. *Оглезнев В. В.* Отменяемость и юридический язык: в защиту Г. Харта / В. В. Оглезнев // Вестн. Том. гос. ун-та. Серия «Философия, социология, политология». — 2014. — № 2. — С. 161–169.
17. *Харт Г.* Понятие права / Г. Харт ; пер. с англ. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева, А. Б. Дидикина. — СПб. : Изд-во СПбГУ, 2007. — 302 с.

Дідікін А. Б. Людвіг Вітгенштайн і розвиток аналітичної традиції у філософії права

Анотація. Статтю присвячено реконструкції основних підходів до інтерпретації проблеми дотримання правила в аналітичній філософії права. Розглянуто скептичні аргументи про можливість проведення аналогії між аргументами Л. Вітгенштайна про дотримання правила та практикою застосування юридичних правил, а також позицію реалізму й антиреалізму щодо сутності юридичних правил і їх інтерпретації на практиці. Обґрунтовується положення про те, що безпосередне

використання аргументів Л. Вітгенштайна в юридичній мові за аналогією є неможливим, однак його методологічний підхід є корисним і необхідним для подолання суперечностей у вживанні юридичних термінів.

Ключові слова: аналітична філософія права, дотримання правила, правило, норма права, інтерпретація, значення терміна.

Дидикин А. Б. Людвиг Витгенштейн и развитие аналитической традиции в философии права

Аннотация. Статья посвящена реконструкции основных подходов к интерпретации проблемы следования правилу в аналитической философии права. Рассмотрены скептические аргументы о возможности проведения аналогии между аргументами Л. Витгенштейна о следовании правилу и практикой применения юридических правил, а также позиции реализма и антиреализма о сущности юридических правил и их интерпретации на практике. Обосновывается положение о том, что прямое использование аргументов Л. Витгенштейна в юридическом языке по аналогии невозможно, однако его методологический подход для преодоления противоречий употребления юридических терминов полезен и необходим.

Ключевые слова: аналитическая философия права, следование правилу, правило, норма права, интерпретация, значение термина.

Didikin A. Ludwig Wittgenstein and Development of Analytic Tradition in Legal Philosophy

Summary. The paper is devoted to the reconstruction of the main approaches to the interpretation of the rule-following problem in analytic legal philosophy. Skeptical arguments on the possibility of conducting the analogy between Wittgenstein's arguments about following the rule and practice of application of legal rules and approaches of realism and antirealism about the nature of legal rules and their interpretation in practice are considered. The author justifies the statement that arguments of Wittgenstein cannot be directly used in legal language, however, his methodological approach to overcome the contradictions in legal terms using is useful and necessary.

Key words: analytic legal philosophy, rule following, rule, legal norm, interpretation, meaning of word.

ОСНОВОПОЛОЖНІ ПРАВА ЛЮДИНИ: ДО ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

П. РАБІНОВИЧ
*доктор юридичних наук,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка),
заслужений діяч науки і техніки України*



Вступні зауваження

Принаймні три обставини спричинили підготовку пропонованої статті.

Перша полягає в тому, що наступного року минатиме чверть століття від того, як традиційний для всіх вітчизняних юридичних навчальних закладів курс теорії держави і права почав викладатися на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка дещо нетрадиційно. А саме: перші теми цього предмета були присвячені теоретичній характеристиці тих прав людини, які виникають у неї незалежно від держави, її волевиявлення (тоді я назвав їх «загальносоціальними»¹). Можна і треба було, ясна річ, вже й тоді, а тим більше — згодом обговорювати положення, сформульовані у тих темах курсу. Але залишається незаперечним той факт, що саме у Львові вже з 1991/92 навчального року (мабуть, вперше на пострадянському просторі) у межах означеного предмета студентам-юристам почали викладати певні загальнотеоретичні знання стосовно феномену людських прав недержавного походження, тобто тих прав, які значно пізніше в Україні було відображено терміно-поняттям «основоположні». У Передмові до опублікованого тоді навчального посібника зазначалося, зокрема, що саме проблеми прав людини набули значення концептуального центра, ядра всього курсу, зумовили істотні зміни в його структурі, введення нових та перегляд деяких традиційних тем і понять [1, с. 3]. Отже, з такої позиції держава і встановлюване нею «позитивне» право, правове регулю-

¹ А вже у той час в офіційних україномовних перекладах «праволюдських» міжнародних актів щодо таких прав вживалося слово «основні» (*fundamental*), і лише значно пізніше у таких перекладах був запроваджений термін «основоположні».

вання розглядалися не більше ніж засоби, інструменти забезпечення і захисту означених прав людини.

Друга обставина пов'язана з тим, що протягом грудня минулого року на базі юридичного факультету Львівського університету відбулися три унікальних заходи науково-практичного характеру: 1) III міжнародний форум із практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) (за участю восьми його співробітників, чотирьох суддів, а також майже ста вітчизняних юристів-практиків); 2) ювілейний – 10-й – міжнародний круглий стіл з антропології права; 3) міжнародний тематичний семінар із питань застосування Європейської соціальної хартії (переглянутої) (далі – ЄСХ).

Неординарні матеріали усіх зазначених заходів слід було, ясна річ, враховувати у дослідницькій та викладацькій діяльності з проблематики прав людини.

Третьою ж обставиною стало те, що наступного року відзначатиметься 20-річчя Львівської лабораторії прав людини і громадянина НАПрН України. Адже переважно саме в її межах сформувалася львівська наукова школа загальної теорії прав людини. А така очікувана «ювілейність» вже сама по собі стала достатнім приводом, аби узагальнити і, можливо, дещо уточнити основні ідеї, положення цієї школи (з урахуванням, зокрема, й матеріалів названих вище заходів, а також напрацювань інших фахівців¹).

Отож, загалом предметом розгляду у цій статті будуть такі сюжети із праволюднинної проблематики:

- загальне поняття основоположних прав людини: філософські засади інтерпретації;
- поняттєво-термінологічні та інтерпретаційні аспекти праволюднинної проблематики;
- носії (суб'єкти) основоположних прав;
- зміст і обсяг прав людини;
- міжнародні стандарти прав людини, їх національна імплементація;
- класифікація (види) прав людини;
- межі здійснення прав людини;
- гарантії здійснення прав людини;
- досвід і проблеми вивчення прав людини в юридичних вищих навчальних закладах України.

Перші три питання висвітлюватимуться у цьому номері журналу, а решта – у наступних.

Загальне поняття основоположних прав людини: філософські засади інтерпретації

Як відомо із загального наукознавства, першим кроком у пізнанні будь-якого явища має бути формування й визначення терміно-поняття про нього. Це положення повною мірою стосується й того феномену, який відображається терміно-поняттям «права людини» (чи «людські права»).

Вирішення будь-якого дослідницького завдання визначальною мірою завжди залежить від того, який саме методологічний підхід (принцип) засто-

¹ Додатковим, «факультативним» імпульсом до написання пропонованої статті послугував і полемічний матеріал, який було надруковано цього року в першому номері журналу «Право України» [2].

вано дослідником. Адже таким підходом є певна вихідна аксіоматична, здебільшого світоглядна, ідея, яка визначає загальну стратегію (напрямок) дослідження, відбір досліджуваних фактів і — що є найважливішим — інтерпретацію результатів дослідження.

Задля виявлення того феномену, який у суспільствознавстві (зокрема й у юридичній науці) відображається означеним вище терміно-поняттям, і донині використовуються різноманітні дослідницькі підходи, кожен з яких зумовлюватиме той чи інший — зазвичай неоднозначний — результат наукового пошуку.

Узагальнення існуючих ще й нині в науковій літературі (і вітчизняній, і зарубіжній) підходів дозволило мені свого часу виокремити з-поміж них такі:

— етичний (права людини — це різновид, спосіб або форма вираження моралі);

— психологічний (права людини — це її вимоги, «претензії» щодо надання їй певних благ, скеровані державі, іншим суб'єктам, зрештою всьому суспільству);

— біологічний (права людини — це певні її фізичні потреби, що виникають вже із самого факту її народження);

— соціальний (права людини — це певним чином соціально внормовані можливості її певної поведінки, спрямованої зазвичай на задоволення різноманітних — насамперед матеріальних, але не тільки — потреб);

— легістський (права людини — це можливості її поведінки, визначені законами держави чи іншими формально-обов'язковими правилами, приписаними державним органам, зокрема й судовим).

Оскільки усі означені дослідницькі підходи ґрунтуються на реально, фактично («позитивно») існуючих явищах, то кожен із них «вписується» у *позитивістську* — у найширшому сенсі — парадигму (причому позитивістську саме у тому розумінні, в якому терміно-поняття «позитивізм» було вжито засновником соціальної філософії позитивізму французьким ученим О. Контом). Тому і в юридичній науці, коли йдеться про виокремлення видів позитивістського праворозуміння (а отже, й позитивістського розуміння феномену прав людини), зазвичай вирізняють праворозуміння: а) легістсько-позитивістське; б) соціолого-позитивістське; в) психолого-позитивістське.

Спільною ознакою цих підходів є те, що вони базуються на фактичних (емпірично фіксованих, а не уявних, удаваних) умовах та обставинах життєдіяльності *реально* існуючої людини, яка тільки в суспільстві, з його «рук» отримує все основне, що є необхідним для її існування та розвитку.

Втім існує й інша група дослідницьких підходів, які базуються на інтелектуально, духовно-ідеологічно сконструйованих поняттях про апріорні (трансцендентальні) явища, які начебто існують поза реальним («позитивним») життям людини, взагалі поза реальним соціумом (як неодмінним, неминучим місцем перебування людини) — поза її життєвою практикою у ньому. Йдеться, до прикладу, про підходи міфологічні, містичні, релігійні. Їх можна назвати — у найзагальнішому вигляді — *непозитивістськими*.

І ось тут найгострішим, найактуальнішим для нашої теми постає питання про те, до якої групи дослідницьких підходів віднести так званий природно-правовий підхід. Досить часто вважають, що він протилежний до позитивістського підходу, протистоїть йому. Але тут не все так просто.

Річ у тім, що терміно-поняття «природа» та похідні від нього прикметники «природний», «природна», «природне» є полісемічними, багатозначними. Про це прямо зазначається у сучасних тлумачних словниках української мови та й, до речі, інших слов'янських мов. А тому, коли вживається означене терміно-поняття (та похідні від нього прикметники) — особливо, якщо до цього вдаються *юристи*, — потрібно конкретизувати, задекларувати, в якому ж саме із декількох можливих значень воно використовується. Якщо цього не зробити, тоді виникає ризик, що вживані слова, їхні сполучення можуть бути використані як інструменти підміни понять, термінологічної маніпуляції.

Після цих (як виявляється, необхідних, — хоча, здавалося б, у науковому плані очевидних) міркувань методологічного характеру перейду до коментування деяких аспектів тієї дефініції загального поняття основоположних прав людини, що була запропонована мною (як зазначалося вище) ще на початку 90-х років минулого століття і яку я — з певними уточненнями — обстоюю й донині.

Отже, **основоположні права людини** — це певні можливості людини, котрі необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені обов'язками інших суб'єктів.

Наведена інтерпретація досліджуваного феномену здійснена з позицій так званого потребового дослідницького підходу, котрий — як уже не раз мені доводилося зазначати — належить до соціолого-позитивістської парадигми. Останнім часом я вважав за можливе називати таку інтерпретацію ще й «соціально-природною» — з огляду на те, що біологічні та соціальні потреби людини, її інтереси, які цими потребами обумовлюються, існують та реалізуються саме в соціумі, причому цілком природно (рос. естественно) — у сенсі «закономірне», «необхідне», «неминуче», «нормальне», тобто саме у такому, а не в якомусь іншому значенні слова «природно». І таке значення (поряд з іншими) легалізоване сучасними словниками [3, с. 945–946]. Отже, йдеться про природність соціальну, а не, скажімо, «апріорну» позалюдську чи, наприклад, біологічну, фізіологічну, хімічну, космічну чи іншу суто *природничу*.

Усе це повною мірою стосується й тих прав людини, які належать до категорії основоположних, фундаментальних (*fundamental*). Їх основоположність, фундаментальність полягає, на мою думку, в тому, що вони слугують фундаментом, базою, основою забезпечення існування й розвитку і в природі, і власне у суспільстві. Без таких прав, без їх використання існування й розвиток людини не відбуватимуться. Можливості (людини) — це онтологічна, буттєва, «субстанційна» характеристика її основоположних прав, а їх роль, призначення полягає в тому, аби опосередковувати, інструменталізувати задоволення фундаментальних, базових, нездоланних потреб людини, яка перебуває в соціумі. Отже, це сутнісно-антропна (точніше, антропо-соціальна) характеристика основоположних прав.

Таке розуміння сутності феномену основоположних прав людини викликало заперечення шановного опонента — доктора юридичних наук С. Головатого. Спробую проаналізувати їх.

Заперечуючи уявлення про людину як істоту соціальну, шановний опонент виходить із того, зрештою, очевидного, беззаперечного положення, що людина є «витвором Природи», «невід'ємною частиною Всесвіту (тобто тією, що перебу-

ває в *органічному* зв'язку з *Космосом*» [2]. А саме *тому*, вважає він, основоположні права людини — це права «природні». Про *сутність* же цього феномену в його статті нічого інакшого й не сказано.

В іншому місці він пише також, що у людини є «вроджений здоровий глузд» і що їй властивий «Закон Природи та Всесвітній Розум» [2]. Проте, як свідчать положення таких природничих наук, як біологія, фізіологія вищої нервової діяльності, а також певних підрозділів науки антропології, людина народжується лише із природними *задатками*, генетичними психофізичними *передумовами*, потенційними можливостями до розумової діяльності; але їх реалізація, перетворення на справжній інтелект відбуваються лише у процесі та в результаті соціалізації людської істоти.

Однак до творинь природи належать, як загальновідомо, й інші численні різновиди живих істот; і тоді доводиться робити висновок, що й усі вони цією ж «Природою» від їхнього народження наділені якимись — зрозуміло, теж «природними» — правами. Але тоді залишається незрозумілим, чим же відрізняються права такої живої істоти («живої» у *біологічному*, «органічному» сенсі), як людина, від «прав» інших живих істот. (Тут, гадаю, маємо справу з тією гносеологічною аномалією у пізнанні *соціальних* феноменів, яку я свого часу назвав «оприроднюванням» їх і яка є одним із засобів «втечі» від виявлення соціальної сутності таких явищ. Це дозволяє знівельовувати, зрівнювати сутнісні відмінності *людських* істот від властивостей інших явищ органічного світу, насамперед тварин, приховувати якісну специфіку перших порівняно з тваринним світом.)

Загалом же, ясна річ, визнання соціальної природи основоположних прав людини аж ніяк не виключає, а, навпаки, неодмінно враховує визнання, так би мовити, біологічності, природничості багатьох із них. Хоча б тому, що йдеться про людську істоту, *живу* саме в біологічному сенсі. Людина нежива — вже не є істотою. Це очевидність, аксіома.

У моїх публікаціях це відображено в тому, що саме *фізичні* («життєві», «вітальні», «соматичні») основоположні права людини були виділені в окрему класифікаційну групу. Йдеться про такі, висловлюючись термінологією Цивільного кодексу України, особисті немайнові права людини, що «забезпечують природне існування» її (гл. 21); у той час як усі інші особисті немайнові права забезпечують «соціальне буття людини» (гл. 22). Навіть якщо йдеться про можливість задоволення суто біологічних потреб людини, яка перебуває у суспільстві, то й тоді їх реальний зміст, обсяг, засоби та форми задоволення є конкретно-історичними, котрі — вочевидь, теж закономірно — зумовлюються рівнем розвитку *цього* суспільства.

Отож я прагнув не протиставляти, а навпаки, зблизити біологічні та соціальні «параметри», властивості людини. Натомість шановний опонент намагається їх протиставити — причому з пріоритетністю природничості (біологічності): «Людина — це творіння природне, аж ніяк не соціальне» — стверджує він [2].

Якщо ж обмежитися тільки біологічними характеристиками людини («відібравши» від неї характеристики соціальності), то матимемо лише такий вид живих істот, як тварину, в якій нічого людського, людинного не залишиться. Тому щодо людини часто вживається вираз «істота біосоціальна», або ж «істота соціалізована», але шановний опонент і таких висловів у своїй статті зазвичай уникає (а якщо і згадує один раз про «біосоціальне існування» людини [2], то це

сприймається — з огляду на його пафос, так би мовити, «позасоціальності» основоположних прав людини — радше як випадкова обмовка). Втім така позиція не завадила шановному опоненту в підсумковій частині своєї статті згадати про «суспільний стан» людини [2], виголосити, що сучасна філософія прав людини репрезентує віру «у нерозривну єдність між людиною і людством» [2].

Навіть якщо й погоджуватися із дефініцією шановного опонента (хоча він неодноразово висловлює своє категорично негативне ставлення до спроб конструювання «формальних» дефініцій правових понять [2]), згідно з якою основоположні людські права — це права «природні», вже хоча б тому, що людина є «творінням природи», то така дефініція дає відповідь лише на питання, звідки, від чого такі права виникають. Це, так би мовити, генезисна, «генетична» дефініція, котра пояснює, з якого джерела з'являються означені права. Однак вона не несе жодних знань про те, що ж саме являють собою ці права, якою є їх онтична, буттєва природа, «субстанція», у чому полягає їх власна сутність як якісно самостійного феномену. Часто вживане твердження про те, що права людини виникають із її народженням, є слухним лише з урахуванням тієї обставини, що вона народжується у суспільстві (а не за його межами). У протилежному ж інтерпретуванні матимемо справу з *біологізаторською*, тобто оприродниченою, інтерпретацією «природних» прав людини (ризика якої неважко спрогнозувати). Тому-то раніше я зазвичай уникав терміна «природні», коли йшлося про права людини; а якщо й іноді — як виняток — вживав його у своїх публікаціях, то найчастіше у лапках.

Не можна не звернути увагу й на те, що у жодному фундаментальному міжнародному акті, документі стосовно прав людини термін «природні» не використано. І навряд чи випадково.

А ось соціальнісні характеристики, властивості основоположних прав людини у таких актах зустрічаються не раз. Так, у Загальній декларації прав людини (далі — ЗДПЛ) згадується про «кожну людину як члена суспільства» (ст. 22) та стверджується, що саме в суспільстві «тільки можливий вільний і повний розвиток» людської особи (ст. 29). Чому шановний опонент оминає увагою ці положення?

Усім викладеним вище пояснюється необхідність зазначення, в якому саме сенсі той чи інший автор використовує неоднозначне терміно-поняття «природа» (і похідні від нього прикметники). Останніми роками я, як зазначалося, застосовую у своїх публікаціях це терміно-поняття лише в одному з «легалізованих» у тлумачних словниках сенсі, а саме: як закономірне, необхідне, неминуче, нормальне. Тому вже не раз мені доводилося вживати терміно-сполучення «соціально-природні» (права) [4], тобто такі права, які у людини, котра перебуває в соціумі, виникають цілком закономірно, неодмінно, неунікнено. У такому сенсі в певних випадках, з деякою *умовністю*, — в абстракції — можна вірізнати природність людини природничу (біологічну) та соціальнісну.

Ще раз наголошу: органічна соціальність феномену, що розглядається, об'єктивно зумовлюється природною (закономірною) соціальністю людського існування: свої права людина може мати тільки стосовно якогось іншого суб'єкта (у якого — знову ж таки внаслідок такої соціальності — цілком закономірно, природно виникають обов'язки щодо носія прав). Тому не випадково у базових міжнародних актах з прав людини зазвичай, так чи інакше, згадується й про її обов'язки перед іншими людьми, перед суспільством. Так, у ЗДПЛ кон-

статується, що «кожна людина має обов'язки перед суспільством...» (ст. 29); у Преамбулах Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. (далі — МПГПП) і Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. (далі — МПЕСКП) теж зазначається, що кожна людина має обов'язки.

Чому ці фундаментальні положення шановний опонент не помічає? Адже людина позасоціальна, позаісторична — це лише абстракція (з якою можна — ясна річ, лише в уяві — робити все, що завгодно, наприклад, приписати людині «вроджений» розум).

Що ж до терміна «основоположні» — *fundamental* — (права людини), то: а) навіть його вживання у міжнародних актах вже орієнтує на те, що, кажучи взагалі, існують й інші, тобто неосновоположні, людські права і б) специфікою саме основоположних прав є (на відміну від інших) те, що вони утворюють реальну основу, життєзабезпечувальний фундамент, підвалини для існування й розвитку людини як у природі, так і в соціумі.

Привертає увагу, що шановний опонент навіть виникнення соціуму (а, на його думку, *водночас* і держави) пояснює досить специфічно. Єдиною причиною цього він вважає прагнення людини уникнути «усамітненого існування» [2]; і ось, виходить, лише заради цього люди об'єднуються у суспільство.

Отже, такою причиною вважається обставина радше суб'єктивно-психологічного характеру: аби людина *не відчувала* себе одинаком/одиначкою. З таким, м'яко кажучи, спрощеним поясненням виникнення людського суспільства навряд чи можна погодитися. Справжні причини цього процесу давно й ґрунтовно пояснені у класичних монографічних працях (зокрема, Л.-Г. Моргана «Стародавнє суспільство», Ф. Енгельса «Походження сім'ї, приватної власності і держави», М. Грушевського «Генетична соціологія. Початки громадянства»); і ці причини дуже мало пов'язані зі страхом людини залишитися «усамітненою». Та й новітні монографічні дослідження другої половини ХХ ст. дозволили дещо уточнити й конкретизувати положення згаданих класичних праць.

Отож, попередньо підсумовуючи, можна констатувати, що міркування шановного опонента ґрунтуються на природничо-філософських засадах (людина — це творіння, витвір тієї Природи, яка є елементом Космосу).

Натомість наведена вище моя інтерпретація основоположних прав людини спирається на засади, навпаки, соціально-філософські. Тому-то я й почав нещодавно називати основоположні права людини «соціально-природними» (при цьому не заперечуючи, не відкидаючи біологічні, тобто справді вроджені, природжені властивості людини). Останнє полягає, зокрема, у тому, що в обстоюваній мною позиції йдеться не тільки про потреби соціальні, а й передусім біологічні; а також у тому, що в запропонованій мною класифікації таких прав першим їх різновидом виокремлено права «життєві» (або, інакше кажучи, «вітальні», «фізичні», навіть «тілесні» (соматичні)).

Зрештою, «біосоціальна» — це, мабуть, є оптимальний термін для позначення специфічності людської істоти.

Тому дозволю собі зауважити, що підтримувана не тільки мною інтерпретація феномену основоположних прав людини за посередництва терміно-поняття «можливості» (людина) має *сутнісний* характер, а не винятково генезисний, «генетичний». (До речі, воно охоплює як права людини, так і її свободи.)

Отже, як бачимо, знову ж фундаментальним моментом у вирішенні обговорюваної проблеми є певна інтерпретація вихідної, базової категорії «природа».

Однак у фаховій літературі слушно зауважувалося, що брак спеціалізованих досліджень еволюції значень нормативних образів «природного» призводить у деяких випадках до «змішування змісту уявлень про природне право зі значенням поняття природи, природного і відповідного природі» [5, с. 80].

Не можна залишити поза увагою й те, що шановний опонент, коли йдеться про закріплення в Конституції України основоположних прав людини другого покоління (соціальних, економічних, культурних), а також прав екологічних, схильний не використовувати щодо усіх них вираз «кожний має право...». При цьому він посилається — як на аргумент — на висновок Венеціанської комісії 1997 р. щодо ухваленої на той час Конституції України. Це по-перше. А другий його аргумент полягає в тому, що фіксація зазначеної групи прав в Основному Законі «є таким собі залишком соціалістичного минулого», «соціалістичної традиції»; тому, на його думку, згадана формула «вже не може бути придатною» для конституційного закріплення означеної категорії основоположних прав [2].

Щодо висновку Венеціанської комісії стосовно недоліків викладення прав людини в Конституції України, то у ньому йдеться насамперед про несистемність, неструктурованість останнього, зокрема про відсутність чіткого відокремлення прав людини першого покоління (громадянських і політичних), які зазвичай можуть гарантуватися судовим захистом, від прав людини другого покоління (соціальних, економічних, культурних), а також екологічних для забезпечення яких застосовувати судовий захист зазвичай досить складно, а то й неможливо. І це зауваження Венеціанської комісії є справді слухним. Утім навряд чи слід погоджуватися із позицією цього органу щодо того, що до прав другого покоління не можна застосовувати формулу «кожен має право...». І ось чому.

Як відомо, саме таку формулу застосовано у ЗДПЛ щодо останньої групи основоположних прав людини (статті 22–27); її ж досить широко використано в ЄСХ у пп. 1, 10, 11, 13, 14, 23, 30, 31 її Преамбули. У Хартії основоположних прав Європейського Союзу (далі — Хартія) стосовно носія таких прав вжито вислів «кожна людина» (статті 14, 15, 29, 35, 47). Але навряд чи укладачі ЗДПЛ, а також ЄСХ і Хартії були меш компетентними у цьому питанні, аніж експерти-науковці з Венеціанської комісії.

Видається, що основоположність, фундаментальність прав людини зумовлюються не стільки можливими способами, засобами їх захисту, скільки насамперед їх об'єктивним значенням для існування, життєдіяльності, розвитку людини. Тому певні соціальні, економічні і культурні права людини теж не можуть не належати до основоположних, інакше вони, мабуть, не включалися б ООН до Міжнародного білля з прав людини.

Що ж стосується другого із наведених вище аргументів шановного опонента, то дозволю собі нагадати, що деякі права людини другого покоління почали конституційно закріплюватися ще у 1918–1919 рр. — причому не тільки у радянських «соціалістичних» республіках (Українській, Російській) а й у конституціях інших держав, зокрема Української Народної Республіки, Мексики, Німеччини. Та й, до речі, ЄСХ розроблялася фахівцями таких держав Європи, в

яких соціалізму (в його марксистському варіанті) ніколи не існувало. Проте такі права людини, так би мовити, «на рівних» із правами першого покоління було включено до ЗДПЛ та й загалом до Міжнародного білля з прав людини. Так, у Преамбулі МПГПП зазначено, що кожна вільна людська особа «користується громадянською і політичною свободою і свободою від страху та нужди... тільки якщо будуть створені такі умови, за яких кожен може користуватися своїми економічними, соціальними і культурними правами, так само, як і своїми громадянськими та політичними правами». Ще більш категорично положення про єдність, неподільність, взаємозалежність, взаємопов'язаність усіх п'яти груп основоположних прав людини було сформульовано у Декларації і Плані дій другої Всесвітньої конференції з прав людини, яку було проведено під егідою ООН у Відні 1993 р.

Згадане щойно положення підтримує й шановний опонент. Але це не завадило йому піддати критиці ті рішення Конституційного Суду України, в яких певні соціально-економічні права людини (на працю, на соціальне забезпечення, на житло) названо «природними» [2, с. 56].

Принагідно зауважу, що коли він цілком слушно констатує, що у конституціях багатьох сучасних демократичних держав зафіксовано згадану групу основоположних прав людини, то це начеби не викликає у нього категоричного несприйняття, і він вже не називає їх «залишком соціалізму». Цікаво, якби ці конституції зараз стали об'єктом експертизи Венеціанської комісії, то яким був би її висновок щодо закріплення в них таких прав?

Гадаю, що коли б «природність» основоположних прав людини інтерпретувати не у природничо-космічному сенсі, а в сенсі соціально-природному (соціально-закономірному), то сумнівів у природності, основоположності прав другого покоління не виникало би.

Викладене у цьому підрозділі статті вкотре ілюструє принципову можливість, необхідність і корисність формулювання дефініцій загальних правових понять — причому такого, яке б насамперед розкривало їх онтичну природу і соціальну сутність. Адже, висловлюючись відомою формулою (у російськомовному варіанті), «понять — значит выразить в форме понятий». У цьому, окрім іншого, полягає специфіка саме юридичної науки і практики. Невипадково чимало важливих законів, особливо кодифікованих, свої початкові статті присвячують викладенню дефініцій тих терміно-понять, які у них використовуються.

У світлі сказаного також навряд чи можна погодитися із критикою шановного опонента щодо вміщеного у ст. 3 Конституції України положення про те, що в нашому суспільстві, в нашій державі людина визнається «найвищою соціальною цінністю» [2, с. 36]. Видається, що розуміти це положення належить так, що і для суспільства, і для держави такою цінністю є саме людина (а не хтось чи щось інше). Нічого інакшого за цим положенням не стоїть (хоча, можливо, цю ідею варто було б викласти стилістично чіткіше). Таке тлумачення, на мою думку, вивищує, звеличує людину, підносить її на найвищий щабель із-поміж усього, що реально існує в природі і соціумі. І це теж є наслідком і виявом гуманістичного, антропоцентричного підходу, який, мабуть, прагнули реалізувати в Конституції України її проєктанти.

2. Понятево-термінологічні та інтерпретаційні аспекти праволюднинної проблематики

Оскільки в науці (а в юридичній науці — особливо та й, до речі, в юридичній практиці) основні терміни мають тлумачитися — в ідеалі — тільки однозначно, то зазвичай поняття про різні явища мають позначатися, відповідно, й різними термінами. Це правило набуває надзвичайно важливого значення, коли йдеться про правоназви, зокрема назви праволюднинні.

Тому, аби уникнути однакового називання прав людини *основоположних* і усіх тих її прав, котрі легалізовані державою у законодавстві, мені вже на початку 90-х років минулого століття видалося обґрунтованим у своїх посібниках запровадити для кожної групи таких прав, відповідно, два різних терміни. Тоді було зазначено, що (як вже згадувалося у Вступних зауваженнях) те праволюднинне явище, яке виникає та існує незалежно від держави, від волевиявлень її органів, а тому має загальносоціальну природу (і яке нерідко називають правом «природним»), можна *умовно* назвати «загальносоціальним» правом (з огляду на те, що воно «виростає» не стільки із природничих, скільки зі соціальних умов існування людей, котрі є членами суспільства).

Але оскільки держава встановлювані нею норми, приписи, правила діяльності людей та інших суб'єктів суспільства зазвичай теж називає «правом» (щодо причин такого називання мені вже доводилося висловлюватися неодноразово), я пропонував назвати їх правом «спеціально-соціальним» або, *умовно* кажучи, «юридичним».

Єдина мета такого «конвенційного» використання двох термінів («загальносоціальне» і «юридичне») полягала, повторюся, у тому, аби не позначати одним і тим самим словом такі явища, які є різними за їх походженням, онтичною природою та значенням. Нічого іншого тут не малося на увазі. (Хоча, здавалося б, суто з філологічного погляду слова «юридичний» і «правовий» вважаються зазвичай синонімами.)

Шановний опонент, цілком слушно заперечуючи проти лінгвістичної неоднозначності (насамперед в юриспруденції) [2], іноді все ж таки сам припускається справді синонімічного вживання термінів «правове» та «юридичне». А внаслідок цього ті положення, які стосуються суто державно-вольових (за моєю термінологією — «юридичних») явищ, зокрема *легалізованих* прав людини, поширюються ним і на права «природні», тобто (за моєю колишньою термінологією — «загальносоціальні», а за нинішньою — «основоположні»). Наприклад, загальновідому юристам дефініцію поняття суб'єктивного *юридичного* права він вважає за можливе застосувати до поняття суб'єктивного основоположного права людини [2]. А тоді лишається зробити тільки один крок, аби резюмувати, що й останнє право я вважаю також результатом державно-вольової діяльності. І цей крок С. Головатий справді робить. Отже, підмінивши те значення, яке вкладається мною в термін «юридичний», іншим значенням, для фіксації якого я раніше використовував термін «загальносоціальне» (а нині використовую термін «основоположне»), шановний опонент якраз і припустився лінгвістичної неоднозначності. Завдяки цьому відбулося не відтворення моєї позиції, а дещо протилежне... Але й це дозволило йому оголосити мене прихильником школи Г. Кельзена, ба більше — А. Вишинського [2, с. 40–42, 47–49].

Аби продемонструвати, чи відповідає дійсності останнє твердження шановного опонента, дозволю собі навести лише три невеликих фрагменти 10-го видання свого посібника «Основи загальної теорії права та держави» (Львів, 2008), які стосуються характеристики правової держави. Перший: «правова держава — це держава, в якій юридичними засобами максимально забезпечується збалансована реалізація основоположних прав і обов'язків людини та інших суб'єктів суспільства». Другий: «в єдності, “зв'язці” двох явищ — права і держави первинним є загальносоціальне (“природне”) право навіть вже тому, що воно виникає раніше й незалежно від держави». І третій: першою із соціально-змістовних основних загальних ознак правової держави є «закріплення в конституційному та інших законах основоположних прав людини» (с. 46, 47, 49). То де тут можна побачити «присутність» поглядів Г. Кельзена чи А. Вишинського? Чому щойно наведені положення шановний опонент не бере до уваги? Якими б не були причини цього (можливо, полемічна заангажованість), така тактика ведення дискусії переконливості його твердженням не додає.

І ще один мовно-термінологічний (мабуть, точніше сказати, інтерпретаційний) момент. Шановний опонент піддає критиці пословесне, «поелементизоване» тлумачення юридичних терміносполучень. Однак, як відомо хоча б із підручників, філологічний (за іншими назвами — граматичний, текстовий, лексичний, мовний) спосіб тлумачення юридичних текстів, до якого зазвичай вдаються фахівці-юристи (і науковці, і практики), якраз і починається з «розчленування» таких текстів на окремі речення, словосполучення і, нарешті, окремі слова, після чого, так би мовити, у зворотному порядку мають бути з'ясовані смисли: а) кожного слова; б) їхніх сполук; в) відповідних речень. (Це стосується також і складних слів, наприклад, терміна «правовладдя».) Уникнення ж таких інтерпретаційних операцій може створювати ризик того, що «нерозчленовані» законодавчі юридичні вирази, звороти, терміносполуки використовуватимуться як інструменти порушення принципу лінгвістичної однозначності, юридичної визначеності.

Оскільки вже йдеться про мовні питання, то слід звернути увагу й на неабияку специфічність полемічної фразеології, яку використовує шановний опонент щодо тих положень, котрі є об'єктом його критики. Йдеться, зокрема, про такі слова та вислови, як-от: «неймовірно безглуздий результат», «близька до абсурду» (думка), «абракадабра» (явно, вкрай, надзвичайно «шкідлива» (думка, класифікація), «шкідливе» (положення, твердження) [2]. Чим би не було спричинене таке слововживання, воно навряд чи відповідає сучасній європейській практиці ведення наукових дискусій.

Нарешті, останнє міркування у цьому підрозділі пов'язане з характеристикою причин домінування в юридичній науці і практиці сучасної України (за словами шановного опонента — «шкідливого») легістсько-позитивістського праворозуміння [2]. На підтвердження «шкідливості» такої ситуації ним наводяться принаймні два аргументи. По-перше, стверджується, що в Європі таке праворозуміння вже не є поширеним, домінуючим, оскільки згідно із західною доктриною права, яка ґрунтується на природно-правовій концепції, тамтешніх студентів-юристів вчать здебільшого праву «природному», а не позитивному [2]. По-друге, він зазначає, що поширення в Україні юридичного позитивізму спричинено пануванням у радянські часи марксистської ідеології та відповідної соціальної практики, яке дається взнаки і донині [2].

Щодо першого аргументу слід зазначити, що низка сучасних європейських підручників із загальної теорії права, які мені нині вдалося невідбирково переглянути (зокрема, французьких [6; 7; 8; 9] та німецьких [10; 11; 12]) написані, як виявилось, все ж із позицій насамперед легістсько-позитивістського, а не «природного» праворозуміння (хоча, як відомо, у цих країнах марксистська ідеологія ніколи не панувала). Інша річ — навчальна література з курсу прав людини.

Стосовно ж другого аргументу можна нагадати, що виникнення наукового юридичного позитивізму зазвичай пов'язується із публікацією у 1832 р. праці англійського теоретика Дж. Остіна «Лекції з юриспруденції». Але у той час К. Марксу було лише 14 років, і вже тому він навряд чи міг бути «марксистом». Та й, до речі, марксистські уявлення про право шановний опонент викладає — якщо сказати делікатно — досить однобічно. І річ не тільки в тім, що це робиться ним не безпосередньо за творами К. Маркса і Ф. Енгельса, а через відтворення думок із цього приводу лише одного із західних авторів, які, між іншим, не є цілком коректними [2]. Головне полягає в іншому: а) класична марксистська інтерпретація феномену права (вихідні засади якої були стисло викладені у «Маніфесті Комуністичної партії» 1948 р.) не є винятково легістсько-позитивістською, а має, як нині б висловилися, інтегральний, інтегративний характер. Адже в ній присутній і психологічний позитивізм (*воля домінуючого класу*), і соціологічно-матеріалістичний позитивізм (*воля, обумовлена матеріальними умовами його існування*), і легістський позитивізм (*воля, піднесена державою до закону*). Окрім того, жодним словом не згадано про те, що засновники марксистизму в низці випадків самі не раз зверталися і до «природного» праворозуміння. Вони писали, наприклад, про: право покупця і право продавця, які «рівною мірою санкціонуються законом товарообміну (зауважу, законом економічним, а не юридичним); право на позов як «само собою зрозуміле право самостійної приватної особи»; «право на рівне політичне і, відповідно, соціальне значення всіх людей...»; «право на революцію» як прояв «народного права»; «родові права»; «батьківське право»; «материнське право» [14, т. 23, с. 246; т. 14, с. 634; т. 20, с. 104; т. 22, с. 545; т. 36, с. 205–206; т. 2, с. 358; т. 21, с. 46–48; т. 22, с. 223; т. 37, с. 394]. Причому стосовно останнього вислову Ф. Енгельс зауважував: «Задля лаконічності... я зберігаю це позначення, але воно не є вдалим, оскільки на цьому етапі розвитку суспільства ще не можна говорити про право в юридичному сенсі» [14, т. 21, с. 46].

Взагалі ж варто нагадати, що юридичний позитивізм як певний правовий світогляд виник ще з давніх-давен — відколи утворилася держава, й існував він протягом усієї історії людства одночасно, «паралельно» зі світоглядом природно-правовим (хоча й у різних «дозах», співвідношеннях). Обидва вони співіснували як нездоланні «полюси» одного явища — праворозуміння. І «ліквідувати» повністю будь-яке з них є, як засвідчила уся правова історія людства, мрією марною.

Якщо шановний опонент так вболіває за поширення у сучасній Україні «природного» праворозуміння (зокрема поширення останнього і на розуміння природності (природженості, природничості) основоположних людських прав), то було б доречним, аби він у своїй статті назвав сучасні хоча б *монографічні* вітчизняні праці, присвячені саме цій проблематиці. Оскільки ж цього не сталося, то в читача може скластися враження, що в Україні, крім Сергія Петровича

Головатого, науковців — прихильників юснатуралізму немає. А це, як відомо, далеко не так [15; 16; 17; 18; 19].

3. Носії (суб'єкти) основоположних прав

У моїх працях стверджується, що такими суб'єктами можуть бути насамперед, звісно, індивіди, тобто кожна людина, фізична особа. Але, крім цього, ними можуть бути також і ті чи інші угруповання людей.

Залежно від того, кому саме (тобто суб'єкту якого виду) належать основоположні права, хто є їх носієм, розрізняють основоположні права відповідно: а) *індивідуальні* — права людини (індивіда); б) *колективні* (права людських спільнот, колективів, організацій).

Перший різновид основоположних прав є, очевидно, цілком зрозумілим. Але й щодо нього іноді виникають певні дискусії (наприклад, щодо прав людського ембріону).

До другого ж різновиду основоположних прав належать:

- права окремих соціальних спільнот (націй, соціально-економічних класів, статевих, вікових, територіальних та інших угруповань, зрештою, усього певного суспільства);
- права соціальних об'єднань (сімей, громадських організацій тощо);
- права усього людства (населення Землі).

Наведена позиція викликала заперечення у шановного опонента. Він вважає, що основоположних колективних прав існувати не може, зауважуючи, зокрема, що Європейська конвенція з прав людини та практика ЄСПЛ «колективних» прав не визнають (хоча жодного прикладу рішення цього Суду, яке б демонструвало таке невизнання, він не наводить). Погодитися з такою думкою не видається можливим. І ось чому.

По-перше, у згаданій Конвенції серед суб'єктів права на звернення до ЄСПЛ із заявою (скаргою) про стверджуване порушення конвенційних прав мають, крім окремих людей, також: а) будь-які неурядові організації; б) будь-які групи осіб (ст. 34). І справді, ЄСПЛ розглядав десятки (якщо не більше) справ, заявниками в яких були, скажімо, релігійні організації, видавництва чи редакції періодичних видань, політичні партії, різноманітні компанії, фірми, інші юридичні особи.

По-друге, у численних міжнародно-правових актах з праволюдської проблематики — як всесвітніх, так і регіональних — згадуються такі колективні суб'єкти невід'ємних, невідчужуваних прав, як-от: *сім'я* (ст. 16 ЗДПЛ; ст. 23 МПГПП; п. 16 ч. 1 ЄСХ); *національні меншини* (Рамкова конвенція Ради Європи про захист національних меншин 1995 р.); *народи* (Резолюція ООН «Право народів і націй на самовизначення» 1952 р., ст. 1 МПГПП, Декларація ООН «Про право на розвиток» 1986 р., Африканська хартія прав людини і народів 1981 р.).

Нарешті, у тих випадках, коли в міжнародних актах вживається вираз «*всі народи*», то є підстави вважати, що йдеться саме про людство загалом. Наведений вислів зустрічається, зокрема, у: Преамбулі ЗДПЛ, статтях 1 і 47 МПГПП, статтях 1 і 25 МПЕСКП (причому в останній статті відповідне право народів названо «невід'ємним»), Декларації ООН «Про право народів на мир» 1984 р. Усі народи — це, вочевидь, і є людство. Або, інакше кажучи, людство — це і є усі народи.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Рабінович П. М.* Права людини та їх юридичне забезпечення (Основи загальної теорії права і держави) : навч. посіб. / П. М. Рабінович. — К., 1992. — 100 с.
2. *Головатий С.* Тріада європейських цінностей — верховенство права, демократія, права людини — як основа українського конституційного ладу. Частина третя: права людини (стаття 3 Конституції України) / С. Головатий // Право України. — 2015. — № 1. — С. 13–92.
3. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. — К., 2002. — 1440 с.
4. *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. — Х., 2008. — Т. 1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. (Підрозд. 1.6. Соціально-природні права і обов'язки людини та інших суб'єктів як елемент загальносоціальної правової системи). — С. 129–147.
5. *Рабінович С. П.* Юснатуралізм у філософії права : монографія / С. П. Рабінович. — К. ; Х., 2013. — 368 с.
6. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права : [пер. с фр.] / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В. И. Даниленко. — М. : Nota Bene, 2000. — 576 с.
7. *Ricci J.-C.* Introduction à l'étude du droit. — 8e ed. / J.-C. Ricci. — Paris : Hachette Supérieur, 2007. — 158 p.
8. *Malinvaud P.* Introduction à l'étude du droit. — 9e. ed. / P. Malinvaud. — Paris : Litec, 2002. — 520 p.
9. *Cabrillac R.* Introduction générale au droit. — 11e. ed. — Paris : Dalloz-Sirey, 2015. — 258 p.
10. *Adomeit K.* Rechtstheorie für Studenten (Start ins Rechtsgebiet) / K. Adomeit, S. Hähnchen. — 6 Aufl. — Tübingen : C. F. Muller 2012. — 134 S.
11. *Rüthers B.* Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre (überarbeitete Auflage) / Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk. — Frankfurt-Leipzig : Beck, 2011. — 597 S.
12. *Griller St.* Rechtstheorie: Rechtsbegriff — Dynamik — Auslegung / St. Griller. — Wien : Springer, 2011. — 278 S.
13. *Vesting T.* Rechtstheorie: Kurzlehrbücher für das Juristische Studium / T. Vesting. — Tübingen : Beck, 2007. — 165 S.
14. *Маркс К.* Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — Изд. 2-е. — М., 1954–1981.
15. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления : монография / С. И. Максимов. — Харьков, 2002. — 328 с.
16. *Сливка С. С.* Природне та надприродне право : у 3 ч. / С. С. Сливка. — К., 2005. — Ч. 1 : Природне право: історико-філософський погляд. — 224 с.
17. *Костенко О. М.* Культура і закон у протидії злу / О. М. Костенко. — К., 2008. — 352 с.
18. *Рабінович С. П.* Природно-правові підходи в юридичному регулюванні : монографія / С. П. Рабінович. — Л., 2010. — 576 с.
19. *Гаврилюк Р.* Методологическая традиция доктрины естественного права : монография / Р. Гаврилюк. — Черновцы, 2012. — 787 с.

Рабінович П. М. Основоположні права людини: до загальнотеоретичної інтерпретації

Анотація. У статті обґрунтовуються основні терміно-поняття з проблематики прав людини, які слугують методологічними знаряддями її дослідження. По-перше, роз'яснюється вихідна категорія основоположних прав людини, насамперед її дефініція, яка була сформульована автором на юридичному факультеті Львівського

університету ще на початку 90-х років минулого століття. По-друге, аналізується низка термінологічних та гносеологічних аспектів, які виникають у процесі таких досліджень. І по-третє, обговорюється питання про те, хто може бути носієм, суб'єктом основоположних прав. Зокрема, чи можуть бути ними колективні суб'єкти. Піддаються критиці деякі погляди українського автора С. Головатого, оприлюднені у № 1 за 2015 р. журналу «Право України».

Ключові слова: основоположні права людини, міжнародні акти з прав людини, носії основоположних прав.

Рабинович П. М. Основополагающие права человека: к общетеоретической интерпретации

Аннотация. В статье обосновываются основные термины-понятия проблематики прав человека, которые служат методологическими инструментами ее исследования. Во-первых, разъясняется исходная категория основоположных прав человека, прежде всего ее дефиниция, сформулированная автором на юридическом факультете Львовского университета еще в начале 90-х годов прошлого столетия. Во-вторых, анализируется ряд терминологических и гносеологических аспектов, которые возникают в процессе таких исследований. И в-третьих, обсуждается вопрос о том, кто может быть носителем, субъектом основоположных прав. В частности, могут ли быть ими коллективные субъекты. Подвергаются критике некоторые взгляды украинского автора С. Головатого, изложенные в № 1 за 2015 г. журнала «Право Украины».

Ключевые слова: основоположные права человека, международные акты по правам человека, носители основоположных прав.

Rabinovych P. Fundamental Human Rights: to the General Theoretical Interpretation

Summary. The article is devoted to the basic terminology, concepts of human rights, which serve the methodological tools for research. Firstly, the initial category of fundamental human rights, in particular its definition, which was formulated by the author at the Law Faculty of Lviv University in the early 90^s of the last century, is explained. Secondly, a number of terminological and epistemological issues which arise in the course of such researches, is analyzed. And thirdly, it is discussed, who can be a holder, a subject of fundamental rights; in particular, whether collective entities are able to be the right-holders. Some of the views of the Ukrainian author S. Holovaty, expressed in the 1/2015 volume of the «Law of Ukraine» journal, are criticized.

Key words: fundamental human rights, international human rights acts, holders of fundamental rights.

ДО ПИТАННЯ ПРО «СИСТЕМНИЙ» ХАРАКТЕР ПРАВА¹

М. АНТОНОВ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії
та історії права і держави
(Національний дослідницький університет
«Вища школа економіки»,
Санкт-Петербург, Росія)*



Питання про системність права є одним з яскравих прикладів того, як раціональний ідеал знаходить наукову легітимність і стає одним із постулатів юридичної науки. Ми розуміємо тезу про системність права (тобто твердження про те, що право являє собою єдине ціле) саме як ірраціональний ідеал, який впливає з установок класичної (як це не парадоксально!) раціональності, в перспективі якої право розглядалося як розумна настанова, звернена до розумних істот. Одним із ракурсів такої раціональності була вимога того, щоб сукупність «розумних настанов», яку ми називаємо правом, була впорядкованою на основі розумних же принципів. Цю ідею було втілено у вимогах філософів часів Просвітництва створити уніфіковане право, єдність вимог якого являла б (розумне право на протизагаду середньовічному правовому плюралізму) торжество розуму. Ця ідея набула несподіваного розвитку в гегельянстві: дотримуючись принципу «все розумне дійсне», деякі послідовники Г. В. Ф. Гегеля, серед яких Ф. К. фон Савіньї, К. Безелер та інші ідеологи історизму, стали вважати право системою, тобто розглядати як один із проявів народного духу, що сам обирає форми своєї раціоналізації в позитивних правопорядках. Ця раціоналізація не може не бути впорядкованою, єдиною, системною, адже вона відображає єдність засадничого народного духу.

Ця ідея згодом знайшла благодатний ґрунт у марксистсько-ленінській теорії права (хоча й не у самих класиків, які власне щодо права не виявляли особливої зацікавленості), що виходила з відомої діалектики базису й надбудови та з розуміння свідомості як відбиття соціальної дійсності. Концептуальні схеми правників, зокрема, відображають діалектику руху виробничих сил і відносин, а ці останні, безсумнівно, являли собою єдність (у ракурсі діалектики єдності та боротьби протилежностей). Так, за допомогою нехитромудрої інтелектуальної контрабанди деонтична вимога систематизації права переросла в онтологічну констатацію системності права. У тому, що ця констатація є одним із постулатів теорії права на пострадянському просторі, можна переконатися на прикладі більшості підручників з цієї дисципліни, не кажучи вже про наукову літературу,

¹ Переклад з російської В. Смородинського.

де відсилання до «системності» права має характер чи не самоочевидної істини. Проте твердження про «системний характер» права не має жодних емпіричних доказів. Радше навпаки: право постає як набір норм, принципів, інтерпретацій тощо, які спочатку не є впорядкованими, але стають (завжди лише відносно) такими завдяки зусиллям представників правової науки і практики. Ці зусилля, що називаються систематизацією (в широкому сенсі), були б позбавлені сенсу, якби право являло собою онтологічну єдність. У цьому ракурсі віра в «системність права» є цікавим прикладом синтезу раціональності та ірраціональності у праві, того, як раціональну за своєю первісною природою вимогу було перетворено на ірраціональну настанову.

У низці попередніх публікацій нами були висловлені критичні аргументи проти використання метафори «системність» у правознавстві [1–3]. Така критика викликала негативну реакцію з боку деяких теоретиків як у дискусіях, так і в публікаціях¹. Не звертаючись тут до детального аналізу цієї критики, ми б хотіли уточнити деякі моменти, недомовленість або нечітке формулювання яких дали підстави для зазначених критичних аргументів. При цьому ми не будемо повторювати вже наведені раніше аргументи, так само як і заново звертатися до опису тих «системних» побудов вітчизняних і зарубіжних правознавців, які були об'єктом критики.

Почнемо, власне, з об'єкта спору, а саме із системності. У методологічному плані під системністю у правознавстві можна розуміти тенденцію, яка виявляється в юридичному мисленні й правовому дискурсі, описувати право як єдину онтологічну сутність, приписувати праву як явищу цілісний характер. Інакше кажучи, прагнення розпочати аналіз права з постулювання первісної *онтологічної* єдності права як предмета пізнання. Це прагнення в історії філософії права виражалося в різних формах, які так чи інакше виходили з есенціалістської настанови «редувати комплексність» права до одного з елементів, що право складають. Будь це платонівська ідея блага, аристотелівський месотес, гегелівський абсолютний дух або воля суверена у Дж. Остіна. Якщо в онтологічній основі права лежить одна з таких засад (або якась інша засада), то й усі конкретні прояви права ми можемо розглядати як єдність у множині — такою є стратегія есенціалізму, на якій, на нашу думку, кінець кінцем і базується ідея «системності права», що нами критикується. З цього погляду треба уточнити, що висловлена критика не поширювалася на інші аспекти цілісності права — зокрема, на єдність процесу пізнання (права) і законів такого пізнання, на тезу (закон) про

¹ Див., зокрема, міркування про емерджентність права у професора А. Полякова [4, с. 6–7]. Ці міркування ґрунтуються на змішуванні двох правових реалій: позитивного права як владно встановлених норм і права у «широкому сенсі» як форми соціального контролю (виходячи з Г. Гурвича, назвемо це право соціальним). Хоча ці реалії й позначаються одним терміном «право», вони мають різний обсяг. Тому висловлювання щодо однієї з цих реалій не завжди можуть бути екстрапольовані на іншу. Це вірно як до висловлювань про позитивне право щодо права соціального (оскільки це останнє містить елементи, не включені в позитивне право), так і у зворотний бік: позитивне право може містити так звані «мертві» чи несправедливі (якщо згадати міркування Г. Радбруха про «законне безправ'я») норми, які частиною соціального права можуть не визнаватися. Право як соціальний регулятор може виникати спонтанно, стихійно, емерджентно — на це було переконливо вказано О. Ерліхом, Г. Гурвичем, М. Тимашевим та іншими класиками соціології права, але разом з тим емерджентність позитивного права (ідея, що критикувалася нами в статті, на яку посилається професор А. Поляков) є *contradictio in adjecto*, оскільки позитивне право зазвичай визначається як сукупність правил, установлених згідно з певним порядком.

необхідний зв'язок явищ і факт уплетення права у цей загальний взаємозв'язок. До цього питання ми повернемося пізніше.

Спробуємо відмовитися від есенціалізму й після цього задатися питанням: що ж зможе тоді обґрунтувати єдність, цілісність, «системність» права¹, якщо множинність проявів права — ідей, фактів, цінностей, емоцій, відносин тощо — не групується навколо якоїсь основної онтологічної засади? Відповідь нам здається очевидною — у такому разі просто необхідно відмовитися від постулату онтологічної єдності права й визнати, що право як єдиний предмет пізнання постає перед нами лише *a posteriori*, після того, як ця єдність створюється, конструюється актом мислення². Приблизно цю саме роль виконують концепція основної норми в чистому вченні про право Г. Кельзена або концепція правила визнання у Г. Л. А. Харта. Схожі висновки можуть впливати з логіки антропологічного, комунікативного, синергійного та інших «посткласичних» підходів до права: єдність права не є споконвічним природним чи соціальним фактом, а конструюється у процесі міжособистісної (також і міжгрупової) взаємодії стосовно заданих соціокультурних умов, шляхом «соціального конструювання реальності» [8].

Отже, одна з перспектив спору про системність у праві — це питання про первісну (онтологічну) або похідну (епістемологічну) єдність права. У цьому плані ми б хотіли уточнити свою позицію: щодо критики постулату системності ми не погоджуємося з першим аспектом — з есенціалістською ідеєю про онтологічну єдність права (як соціального явища, психологічного переживання, цінності, волі суверена тощо, або як синкретичної «інтеграції» цих аспектів [9]). Відповідно до такого есенціалізму той чи інший підхід до сутності права, до розуміння «сутності процесу й результату цілеспрямованої розумової діяльності людини, що включає в себе пізнання права, його сприйняття (оцінку) та ставлення до нього як до цілісного соціального явища» [10, с. 217], є вихідним пунктом пізнання права. Разом з тим ми далекі від того, щоб заперечувати загальнофілософський принцип єдності пізнання, який вимагає конструювання єдиного предмета пізнання, за рахунок чого забезпечуються єдність і послідовність міркувань про цей предмет. Інакше кажучи, можна мислити право як єдиний предмет, не розділяючи при цьому постулат про онтологічну єдність права, про його так звану «системність».

Відомо, що однією з характерних рис античної філософії було натуралістичне прагнення бачити суспільство й природу як єдине ціле, підпорядковане однаковим законам. Цією єдністю видатні голови античного світу, від Платона й Арістотеля до Цицерона й Августина, обґрунтовували ідею природного права, виведену, зрештою, з онтологічної єдності універсуму й, отже, зі збігу законів природних і законів соціальних (серед яких і правові норми). Щось таке, на наш погляд, витворюють й апологети «системності у праві», коли стверджують (із різним ступенем послідовності та переконливості, в різних формулюваннях, але все ж приблизно в тому самому дусі), що онтологічну єдність права обумовлено онтологічною єдністю суспільства (єдністю соціаль-

¹ Щодо цілей наших міркувань тут, ми не будемо термінологічно розрізняти ці аспекти. Хоча стосовно інших питань (наприклад, в аспектах слововживання) відмінність цих аспектів виявляється досить корисною щодо розвінчання тези про системність права [5, с. 30].

² Це, як уявляється, зовсім не конфліктує з основними тезами посткласичного розуміння права (див., напр.: [6; 7]).

ної взаємодії, комунікації тощо). Якщо ця теза є правильною, то з того, що ми сприймаємо навколишній світ (щодо античної юснатуралістичної логіки) або соціальну дійсність (щодо міркувань про соціокультурні підстави єдності права) як єдине ціле, виходить логічна необхідність вважати й право (як складову природної або соціокультурної дійсності) первісно онтологічно цілісним, тобто системним, утворенням.

Однак ця логіка не є безперечною. Ми не будемо звертатися до суто епістемологічних питань про те, за рахунок чого утворено єдність навколишнього світу, — чи дається вона спочатку або ж створюється актом людського мислення: після того, як це питання було поставлено І. Кантом у його «Критиках», філософи пролили чимало чорнила (й продовжують це робити) у дебатах із цього приводу. Ми сподіваємося, що філософськи освічений читач у курсі сучасного стану цих дебатів і може стати в них на ту чи іншу позицію. Вибір позиції в цьому аспекті не є таким важливим для наших міркувань тут (хоча, зрозуміло, конструктивістський підхід первісно руйнує постулат системності права, що розуміється як постулат онтологічної єдності права). Нас більше цікавить логічна зв'язка між постулатом єдності світу (необхідного зв'язку) й постулатом системності права.

Якщо ми приймаємо філософську аксіому «Все міститься у всьому» (що іноді зветься «законом» необхідного зв'язку), згідно з якою всі речі й процеси у дійсності, що нас оточує, необхідно пов'язані між собою, то чи можна таку аксіому (закон) використовувати для аргументації тези про системність права? Видається, що логічних і філософських підстав для цього немає. З аксіоми необхідного зв'язку ми можемо хіба що вивести деякі тези: про те, що правові явища й процеси пов'язані з усіма іншими процесами та явищами, що відбуваються в навколишньому світі; про те, що юридичні норми — їх зміст, застосування, значення тощо — обумовлені рівнем розвитку суспільства, його економіки, соціальної структури і т. ін.; про те, що юридична ментальність залежить від правової культури, а та, у свою чергу, — від загальної культури суспільства; про те, що, зрештою, з'їдений суддею сніданок може вплинути на його рішення, а класова приналежність парламентарів, можливо, детермінує зміст прийнятих ними законів тощо. Утім усе це все ж дещо інше, ніж доказ того, що всі явища й процеси, які ми називаємо правовими (спираючись при цьому на різні теоретичні конструкції, що незмінно виявляють свій суб'єктивізм), необхідно взаємопов'язані між собою й відмежовують себе (віддиференціюють, якщо скористатися термінологією Н. Лумана) від інших соціальних явищ. Емпірична верифікація цієї тези (про системність права як його віддиференціації) видається неможливою, з одного боку, через суб'єктивізм критеріїв відмежування права і не-права (цей суб'єктивізм виявляється навіть у контексті луманівських міркувань про самодиференціацію права у соціальному середовищі, оскільки цим міркуванням німецький мислитель засновує власне розуміння того, що для нього є право), а з другого боку, внаслідок неминучої присутності у праві вольової основи (навіть у звичайному праві, не кажучи вже про право законодавче або прецедентне), яка ставить під питання об'єктивізацію «правової системи» як цілісності — якщо воля окремого суб'єкта може змінити зв'язок правових явищ між собою, то, виходить, вони не перебувають у «необхідному зв'язку» [11]. Інше питання, наскільки тут можна ставати на позиції філософського детермінізму й стверджувати, що воля людей обумовлена структурою економічного

виробництва (діалектикою виробничих сил і відносин...) або якоюсь іншою об'єктивною засадою.

Щодо цього, не погоджуючись з об'єктивізмом і детермінізмом у соціальних науках, ми визнали можливим запропонувати обмежити використання «системних» понять (що незмінно виявляють свої натуралістичні та об'єктивістські підвалини) в галузі правознавства. Причому мова йде про доктринальне правознавство: царини понять і схем, що описують позитивне право. Зрозуміло, у власне філософсько-правовому плані було б абсолютно безглуздо обмежувати прихильника луманівської соціології у використанні «системної» термінології при міркуваннях про взаємозв'язок права і суспільства. Така термінологія може бути немарною для марксистських філософів права, що доводиться живучістю системних алегорій у радянській та пострадянській юриспруденції, для гегельянців, прихильників соціологічного функціоналізму або соціальної антропології в галузі філософії права, тощо. Інакше кажучи, «системні» поняття можуть і навіть у деяких випадках повинні застосовуватись у філософсько-правових, соціолого-правових, порівняльно-правових міркуваннях і конструкціях у межах певних «мовних ігор», на що слушно вказує А. Поляков.

Наша теза полягала в непридатності цих понять для юридичної догматики, де, як ми спробували показати, «системні» поняття й схеми, як це не парадоксально, руйнують цілісний опис правового порядку. У цьому сенсі корисним було б відмежовувати термін «правова система» (у широкому філософському сенсі цього терміна, що охоплює те чи інше коло явищ і процесів для вивчення їх взаємодії з іншими соціальними явищами та процесами) від терміна «правовий порядок», що розуміється на кельзенівський лад як ланцюжок правоможностей зі створення й застосування норм права (динамічний порядок) або як ієрархія правових норм щодо одна одної (статичний порядок). І вже інше теоретичне питання утворює проблематика точних понятійних меж цього терміна («правопорядок»), вибір придатної для того чи іншого доктринального зрізу юридичних досліджень теорії правопорядку. У цьому сенсі кельзенівська доктрина не видається, зрозуміло, істиною в останній інстанції, й ніщо не перешкоджає її переосмисленню або заміні на іншу доктрину (див., напр.: [12, с. 211–222; 13, с. 286–301]). В аргументації прихильників системності права завжди присутній цей аспект правового порядку: якась норма чи якесь правило тільки тоді можуть бути розглянуті як правові, якщо вони належать тому чи іншому правового порядку («правовій системі» або «системі права»). Це дійсно так. Питання не в оскарженні цієї аксіоми, а у виборі термінології, яка є придатною й не вводить в оману.

Можна згадати й інший, загальнофілософський, аспект. Сама по собі ідея єдності права не є чимось монолітним й однозначним, як це могло б здатися прихильникам соціологічного об'єктивізму в правознавстві. Як демонструє історія (й сучасність) соціальної та юридичної філософії, теза про єдність права може вказувати на різні, відмінні одна від одної гіпотези. Це може бути гіпотеза логічної єдності всіх правових норм (їх належності до того самого ланцюжка логічних засновків і висновків)¹. Йтися може про епістемологічну єдність мовних конструкцій, об'єднаних під терміном «право» [15], про фактичну єдність

¹ У цьому сенсі нормативні системи (як пропозиції, що мають спільні підвалини й призводять до однакових наслідків) розуміються К. Альчурроном і Є. Булігіним (див. також: [14]).

структури соціального регулювання [16], про аксіологічну єдність ієрархії правових норм [17], про процедурну єдність процесу юридичної аргументації [18], синергетичну єдність правових процесів [19] тощо. Часто-густо правознавці знаходять системність у певних цінностях, принципах, ідеях, які, як передбачається, первісно присутні у праві. Для опису того виміру права, який характеризується «всепроникливою» засадою справедливості, людської гідності або якоїсь іншої цінності, філософи іноді користуються терміном «система». Відповідно до думки таких авторів, як Р. Дворкін, Р. Алексі, Л. Фуллер та ін., незважаючи на уявну розрізненість, неповноту правових настанов, у праві є своєрідна аксіологічна єдність, «моральність права», яка робить із права єдине смислове ціле, «систему» [20–22]. Так, Н. Маккормік розглядав право як систему, цілісність якої задається єдністю принципів, а ця єдність, у свою чергу, є результатом реалізації певних цінностей [23; 24].

Інша складність полягає в тому, що для того, щоб стверджувати про онтологічну єдність права, необхідно припустити можливість окинути поглядом все різноманіття правових явищ (явищ, які зветься або кваліфікуються як правові), подивитися на право «з точки зору Бога», якщо скористатися гіперболою Х. Патнем [25, с. 70]. Усе це дає підстави припустити, що право не обов'язково має поставати в теоретичних міркуваннях як певна єдність: право можна описувати як безліч різнорідних практик, шарів соціальної дійсності, інтелектуальних уявлень тощо. Чи потрібна для пізнання права гіпотеза про їх необхідну єдність? На наш погляд, ні: про право можна розмірковувати як про різнорідне явище, яке належить до меж поняття «право» не за змістовними, а за формальними критеріями. Якщо ж наполягати на змістовній (процесуальній тощо) єдності права, то не можна не помічати при цьому, що перераховані вище гіпотези єдності («системності») можуть заходити у конфлікт одна з одною. Так, ідея епістемологічної єдності може опинитися в суперечності з ідеєю процедурної чи фактичної єдності.

Небезпека «системної» термінології полягає в її потенційному антропоморфізмі, у добре відомому з історії соціальної філософії уподібненні соціуму та організму¹. Таке уподібнення, як ми спробували показати в наших роботах з проблематики системності права, як правило, експліцитно або імпліцитно присутнє на сторінках праць прихильників «системності права». Ці «системні» терміни позначають схильність, звичку мислити право та юридичні явища на кшталт технічних механізмів, математичних, фізичних, біологічних та інших систем². Вони вкорінені в лексикон правників, які говорять про «органи» або «голову» «юридичної особи», часто-густо забуваючи про алегоричність, антропоморфність таких термінів, або міркують про «механізм» або «систему» права, не враховуючи суттєву різницю, що існує між природними і нормативними явищами. Наділення права властивостями воління, мислення, визначення мети («право регулює», «метою права є»...), пояснення будови права за аналогією зі структурою математичних систем, для яких характерна повнота і безпрогальність, біологічних систем, що саморозвиваються та самоструктуруються у про-

¹ Інша небезпека — це техноморфізм, уподібнення правопорядку математичній або фізичній системі. Але такого роду погляди набагато рідше зустрічаються в нашій юриспруденції (напр.: [26; 27]), тому в цій роботі ми утримаємося від їх оцінки, яка вимагає спеціального дослідження.

² На що, зокрема, вказує пристрась «системологів» права до цитування Ф. Варели і У. Матурани для обґрунтування своїх тез.

цесі еволюції, — це ті аспекти, на які правникам слід звертати особливу увагу, уникаючи поверхових аналогій та ідеологічної упередженості¹.

Такий «системний» або органістичний антропоморфізм можна знайти і в межах антропологічного підходу, для якого базовим елементом є людина. Пояснення світу через людину може бути різноманітним: органіцизм, еволюціонізм та інші підходи цілком вписуються у формат антропологічності. Людина є багатогранною, її можна розглядати як біологічну істоту, як *homo sapiens*, як духовну сутність (образ Божий), як соціального агента тощо. У цьому аспекті програма антропологічної юриспруденції здається безмежною. Щоб отримати повне уявлення про людину, потрібно брати до уваги всі аспекти. Це твердження є розумним, але не дає ясності з приводу меж права у перспективі антропологічного підходу: чи повинна кожна грань людської істоти братися до уваги при вивченні права? У соціальному світі, у середовищі проживання людини є безліч факторів, фактів, процесів, які звично виводяться за межі права і зазвичай не враховуються при характеристиці природи права. Для позначення фізичних, фізіологічних, духовних і багатьох інших процесів існують свої терміни, що аналітично (в рамках існуючих наукових конвенцій) виключають застосування до них правових категорій. Можна, звичайно, задаватися питанням про те, чи мають право промені в колайдері відхилитися від фізично заданої траєкторії, чи має право Бог (мислимий антропоморфно) порушувати свої власні закони... Ці питання не позбавлені курйозності, деяким з них у Середньовіччі надавали величезної ваги. Утім, чи наближають вони до пізнання сутності права й чи пояснюють адекватно його дію? Щодо цього є великі сумніви. І системні алегорії, що покликані розвінчати такі сумніви, своєї мети не досягають.

Для опису права і його дії юриспруденція виробила особливий концептуальний апарат, що дозволяє правникам розуміти один одного (є труднощі культурного та цивілізаційного порядків, але для їх вирішення існує компаративістика). Якщо правник бажає залишитися послідовним при описуванні предмета свого дослідження (права), йому слід залишатися в межах цих спеціальних мовних конструкцій, логічних та інтелектуальних схем [29]. Цю ідею з найбільшою яскравістю висловив Г. Кельзен, намагаючись очистити правознавство (але не право!) від сторонніх елементів. Його думку спрощено можна виразити так: у права є багато аспектів, але правники вивчають за допомогою юриспруденції тільки нормативний аспект, для інших аспектів є свої наукові дисципліни (соціологія права, юридична психологія та ін.). Односторонність такого аналізу права викликала багато критики, але інших, більш ясних, критеріїв розмежування предметів науки про право та інших наук поки не запропоновано. Г. Л. А. Харт, Дж. Раз та інші позитивісти після Г. Кельзена намагалися пом'якшити запропоновану ним жорстку схему, але послідовності в межах позитивізму («м'якого», «інклюзивного») це не додало. Одну з найбільш послідовних альтернатив проекту відмежування науки про право від інших наук було запропоновано в межах правового реалізму. Віра в зобов'язувальну силу норм є лише фантазмом, за висловом Л. Петражицького, атавізмом магії (А. Гегерстрем), а закони — лише знаками, за якими можна гадати про те, що є правом (К. Льюелін). Єдине емпірично верифіковане й, отже, науково цінне знання у сфері юриспруденції —

¹ Наприклад, А. Печеник прямо стверджував, що основною метою правників, які розробляють юридичну догматику, має стати затвердження й обґрунтування єдності правової системи [28].

прогноз майбутньої поведінки суддів або інших суб'єктів права. Для отримання такого знання слід відмовитися від вивчення права в термінах самої юриспруденції (відмовитися від «трансцендентального нонсенсу», за висловом Ф. Когена), оскільки це веде до циркулярності, й вивчати право у термінах соціальних та інших наук, які дозволяють розкрити сутність права та його дії з точки зору людини й умов її життя. У цьому сенсі пояснимо інтерес американських реалістів до етнології, а їх послідовників (критичні правові дослідження, феміністська або расова юриспруденція тощо) — до вивчення взаємозв'язку реальних правових практик і соціального (гендерного, класового, расового та ін.) становища суб'єктів. Утім цей реалізм призводить до руйнування сформованої (принаймні у країнах романо-германського права) догматики та методології правопізнання, не приносячи при цьому значущих наукових дивідендів [30].

Усі ці напрями теоретичної юриспруденції (реалізм, юснатуралізм, соціоантропологізм та ін.) несуть певні концептуальні ризики. Це вірно й щодо нормативізму (юридичного позитивізму у вузькому сенсі). Цього ми й не думали заперечувати: обмеженість перспектив нормативістської юриспруденції, дійсно, виключає її застосовність до обговорення ефективності дії права, взаємодії дії права та інших регуляторів та багатьох інших питань соціальної філософії або філософії права. Це пояснюється методологічним замиканням права у циркулярну самореферентну схему, з перетворенням (більшою або меншою мірою) науки про право в юриспруденцію понять. Утім це, як уявляється, все ж краще, ніж розчинення права у реаліях повсякденного життя, де правознавцеві слід вивчати величезний масив фактів, що впливають на правову поведінку, щоб пояснити дію права. У цьому сенсі відомий приклад Дж. Френка з поясненням рішення судді через якість сніданку, який він з'їв перед судовим засіданням, може продемонструвати методологічну небезпеку «антропологічного виміру права». Є резони відхрещуватися від позитивізму (в сенсі або етатизму Дж. Остіна, або нормативізму Г. Кельзена, або однієї з версій «м'якого» позитивізму) через його нездатність досліджувати всі фактори, що впливають на формування й застосування права у суспільстві. Проте для подолання горезвісної вузькості позитивізму потрібні тверді методологічні основи, у розробці яких сучасна філософія права поки не досягла успіху. У новітній історії юриспруденції доказом неготовності правознавства перейти від позитивістської методології до чогось більш витонченого служать саме такі ідеї, як системність права, де — за браком адекватних експлікативних схем — дія й структура права пояснюються за аналогією з біологічними або математичними системами.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Антонов М. В. О системе и отраслях законодательства / М. В. Антонов // Право и экономика. — 2011. — № 3. — С. 53–58.
2. Антонов М. В. Система права и система законодательства: проблемы разграничения / М. В. Антонов // Правовая система общества: проблемы теории и практики : тр. междунар. науч.-практ. конф. — СПб., 2011. — С. 303–306.
3. Антонов М. В. Систематизация права: в поисках эффективности / М. В. Антонов // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки / под ред. О. Л. Савенок и др. — Минск : Акад. МВД, 2013. — С. 64–76.
4. Поляков А. В. Языковые игры в юриспруденции / А. В. Поляков // Изв. ВУЗов. Правоведение. — 2014. — № 1. — С. 6–11.

5. Антонов М. В. О системности права и «системных» понятиях в правоведении / М. В. Антонов // Изв. ВУЗов. Правоведение. — 2014. — № 1. — С. 24–42.
6. Честнов И. Л. Постклассическая теория права / И. Л. Честнов. — СПб. : Алеф-Пресс, 2012. — 650 с.
7. Павлов В. И. Энергично-правовой дискурс как постклассическая антропология права. К началам деконструкции классической модели юридической ответственности / В. И. Павлов // Изв. ВУЗов. Правоведение. — 2012. — № 2. — С. 14–39.
8. Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. — М. : Медиум, 1995. — 323 с.
9. Антонов М. В. Об интегральной юриспруденции и энциклопедии правоведения / М. В. Антонов // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания / отв. ред. В. Г. Графский. — М. : НОРМА, 2013. — С. 88–98.
10. Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов и фак. / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. — М. : Изд. гр. НОРМА — ИНФРА-М, 1998. — 523 с.
11. Raz J. The Identity of Legal Systems / J. Raz // The Authority of Law: Essays on Law and Morality. — Oxford : Clarendon Press, 1979. — P. 79–102.
12. Альчуррон К. Э. О понятии правового порядка / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб. : УИК, 2013. — 380 с. — С. 211–222.
13. Булыгин Е. В. Право и время / Е. В. Булыгин // Там само. — С. 286–301.
14. Beltrán J. F. The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility / J. F. Beltrán, G. B. Ratti (eds.). — Oxford : Oxford University Press, 2012. — 434 p.
15. Teubner G. How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law / G. Teubner // Law and Society Review. — 1989. — № 23(5). — P. 727–758.
16. Bourdieu P. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field / P. Bourdieu // Hastings Law Journal. — 1986. — № 38. — P. 814–853.
17. Furton E. J. Restoring the Hierarchy of Values to Thomistic Natural Law / E. J. Furton // American Journal of Jurisprudence. — 1994. — № 39. — P. 373–395.
18. Stone J. Legal System and Lawyers' Reasoning / J. Stone. — London : Stevens & Sons Ltd, 1965. — 459 p.
19. Павлов В. И. Методологические основания антропологической концепции права / В. И. Павлов // Право Украины. — 2014. — № 1. — С. 166–181.
20. Дворкин Р. Серьезный взгляд на права : пер. з англ. / Р. Дворкин. — К. : Основы, 2000. — 520 с.
21. Фуллер Л. Л. Мораль права : пер. з англ. / Л. Л. Фуллер. — К. : Сфера, 1999. — 232 с.
22. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) : пер. с нем. / Р. Алекси. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
23. MacCormick N. Coherence in Legal Justification / N. MacCormick ; A. Peczenik et al. (eds.) // Theory of Legal Science. — Dordrecht : D. Reidel Publishing, 1984.
24. Raz J. The Relevance of Coherence / J. Raz // Ethics in Public Domain. — Oxford : Clarendon Press, 1994.
25. Патнем Х. Разум, истина и история / Х. Патнем. — М. : Праксис, 2002. — 296 с.
26. Лобовиков В. О. Математическая логика естественного права и политической экономики: математическая философия экономики и права / В. О. Лобовиков. — Екатеринбург : УрО РАН, 2005. — 657 с.
27. Лобовиков В. О. Математическая этика, метафизика и естественное право: алгебра метафизики как алгебра формальной аксиологии / В. О. Лобовиков. — Екатеринбург : УрО РАН, 2007. — 408 с.

28. Peczenik A. Law, Morality, Coherence and Truth / A. Peczenik // Ratio Juris. — 1994. — № 7. — P. 146–176.
29. Bulygin E. On Legal Interpretation / E. Bulygin // R. Alexy, R. Dreier (eds.) // Legal System and Practical Reason. — Stuttgart : Fr. Steiner Verlag, 1993. — P. 11–22.
30. Антонов М. В. Нужна ли юристам теория права? / М. В. Антонов // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции / под общ. ред. М. В. Антонова, И. Л. Честнова. — Т. 2: Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права. — СПб. : Алеф-Пресс, 2014. — С. 306–320.

Антонов М. В. До питання про «системний» характер права

Анотація. У роботі досліджується питання про системні якості, які приписуються праву. Автор виступає проти поверхових аналогій між «системами» у соціальному, біологічному та технічному сенсах, вказує на труднощі застосування теорії систем для опису і характеристики позитивного права. Розглядаються деякі аргументи на захист тези про системність права, та наводиться критика таких аргументів.

Ключові слова: раціональність, системність права, правопорядок, єдність права, механізм правового регулювання, правова система, нормативність права.

Антонов М. В. К вопросу о «системном» характере права

Аннотация. В работе исследуется вопрос о системных качествах, которые приписываются праву. Автор выступает против поверхностных аналогий между «системами» в социальном, биологическом и в техническом смыслах, указывает на трудности применения теории систем для описания и характеристики позитивного права. Рассматриваются некоторые аргументы в защиту тезиса о системности права, и приводится критика таких аргументов.

Ключевые слова: рациональность, системность права, правопорядок, единство права, механизм правового регулирования, правовая система, нормативность права.

Antonov M. Revisiting the «Systemicity» of Law

Summary. The paper deals with the issue of systemic properties attributed to law. The author criticizes the superfluous analogies between ‘systems’ in social, biological and technical senses, and points out the difficulties of application of the system theory for description and explanation of the positive law. Some arguments in favor of the thesis about systemicity of law are also considered, as well as the criticism of them.

Key words: rationality, systemicity of law, legal order, unity of law, mechanism of legal regulation, legal system, normativity of law.

ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ЯК НОВЕ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ. ВІД ІЄРАРХІЇ ДО ЦИРКУЛЯРНОСТІ: МЕРЕЖЕВА СТРУКТУРА ГЛОБАЛЬНОГО ПРАВА¹

Н. ВАРЛАМОВА
*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник
сектору порівняльного права
(Інститут держави і права РАН,
Москва, Росія)*



Глобалізація пов'язана з релятивацією фізичних відстаней. Науково-технічний прогрес забезпечив відносну легкість реального, а останнім часом ще й віртуального долаття великих відстаней. Поступово «руйнується структура основних принципів, на яких до сьогодні організовувалися та жили суспільства і держави, являючи собою *територіальні, відмежовані одна від одної єдності*». Світ більше не є сукупністю спільнот, замкнених у межах того чи іншого простору. Люди отримують «можливість жити і діяти одночасно тут і там» [1, с. 45, 56]. Міграція — наочне тому підтвердження. Сьогодні «жити в тому самому населеному пункті вже не означає жити спільно, а жити спільно вже не означає жити в тому самому населеному пункті» [1, с. 133], і навіть в одній державі. Виникає все більше ситуацій, «коли люди, які живуть ізольовано від своїх сусідів, водночас включаються в різні зв'язки, що простягаються через континенти». Усе це дозволяє говорити про детериторизацію соціального, економічного та політичного життя [2, с. 40, 36, 44].

В умовах глобального поділу праці й активної міждержавної міграції населення стає дедалі складніше розділяти питання, що є внутрішньою справою тієї чи іншої держави, та питання, що становлять глобальний або регіональний інтерес. Економіка, за висловом Ю. Габермаса, денационалізується, тобто все менше зазнає впливу окремої держави [3, с. 221–222]. У результаті міжнародно визнаний і захищений державний суверенітет вже не забезпечує державної автономії — фактичної здатності держави діяти навіть у межах своєї території незалежно від інших суб'єктів міжнародних відносин — національних держав і транснаціональних організацій. Процес правління ніби «вислизає» від національної держави [4, с. 483–484, 479]. Це викликає зміну самої суті міжнародних відносин. Зводити їх лише до відстоювання державного суверенітету стає без-

¹ Переклад з російської С. Прийми.

глуздим. Нині «держави включаються в зовсім іншу конкурентну гру влади: вони змагаються за долі участі у світовому ринку та за іноземний капітал з тим, щоб реалізувати свої “національні” інтереси» [2, с. 43]. Більше того, держави все частіше сприймають себе «вже не як суверенні держави, а як солідарні члени міжнародного співтовариства» [5, с. 93]. Метою міждержавної співпраці сьогодні є універсалізація соціального порядку (насамперед правопорядку), тобто забезпечення відповідності (хоча б — несуперечності) множинності національних правопорядків певним єдиним стандартам. За влучним зауваженням М. ван Хука, за сучасних умов усі правові системи у світі — це «діалекти однієї загальної правової мови, різновиди єдиного правового дискурсу» [6, с. 63].

Правове регулювання набуває транснаціональних форм. Причому йдеться не просто про розширення його просторових меж, «вихід» за кордони національних держав. Сьогодні докорінно змінюється саме уявлення про правопорядок, який у процесі транснаціоналізації зазнає глибоких якісних трансформацій. Традиційні уявлення про правопорядок як про єдину ієрархічно організовану систему норм, встановлених (санкціонованих) державою та забезпечуваних (у разі потреби) примусом, що від неї виходить, вже не є адекватними новій правовій реальності. Минула монополія держави на встановлення та підтримання правопорядку зазнає істотного тиску як «зверху», так і «зсередини».

Практично кожен національний правопорядок сьогодні взаємодіє та конкурує з цілою низкою інших, міжнародних і наднаціональних, правопорядків. Так, громадяни більшості європейських країн є водночас суб'єктами певного національного правопорядку і правопорядків Європейського Союзу та Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, глобального світового порядку, конституцією якого пропонується вважати Статут ООН [7, р. 529], а також цілої низки правових режимів більш приватного характеру, що регулюють окремі сфери міжнародного співробітництва (право СОТ, *lex mercatoria*, різноманітні кодекси поведінки, що розробляються транснаціональними компаніями та їх асоціаціями, саморегульований інтернет-простір тощо). Раніше національні правопорядки також вбирали в себе норми, створені в межах інших юрисдикцій, передусім міжнародно-правові. Проте вони інтеріоризувалися за допомогою спеціальних процедур імплементації, встановлених національним правопорядком, і включалися в його ієрархічну структуру. Сьогодні норми інших правопорядків мають у межах юрисдикції держави пряму дію та безпосередньо створюють права й обов'язки як для самої держави, так і для осіб, які перебувають під її юрисдикцією.

Таким чином, держава вже не має повного контролю над своїм правопорядком та формується «глобальний правовий універсум» [8, р. 420], який, утім, зовсім не відрізняється універсальністю, якщо виходити з того, що вона припускає певну узгодженість. Навпаки, сучасний стан правового регулювання може бути охарактеризований як «глобальний безлад нормативних порядків» [9]. Сьогодні кожен суб'єкт права (як самі держави, так і їх громадяни та юридичні особи) постійно підкоряється безлічі правових режимів, що взаємодіють і перетинаються, причому права й обов'язки, які вони мають у межах кожного з цих режимів, можуть істотно розрізнятися та суперечити одне одному.

Неузгодженість відзначається як між різними рівнями регулювання, так і на одному рівні при перетині сфер юрисдикцій різних правопорядків і навіть

у межах одного правопорядку, особливо якщо він є надто широкоохоплюючим [8, р. 420]. Наприклад, універсальні міжнародні стандарти в галузі забезпечення прав людини, встановлені Загальною декларацією прав людини 1948 р., Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Міжнародним пактом про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р., що ратифіковані більшістю держав світу, отримують різну інтерпретацію та відповідно реалізацію у правопорядках країн західної демократії та інших правових традицій, зокрема, у державах ісламського та звичаєвого права. Проте у межах загалом однотипної європейської правової культури нерідкісними є колізії між рішеннями Суду Європейського Союзу (далі — Суд ЄС), Європейського суду з прав людини та національних органів конституційного контролю [10, р. 509–530].

Причому конфліктність між правопорядками різних рівнів іманентна самій тенденції інтернаціоналізації правового регулювання. Будь-який наднаціональний або міжнародний (універсальний або регіональний) правопорядок потенційно може заходити у суперечність із інтегрованими в його межах національними правопорядками, адже, власне, з метою гармонізації первинно різних національних правових систем цей наднаціональний або міжнародний правопорядок і створений. Гармонізація різних національних правопорядків, що одночасно досягається за допомогою наднаціонального чи міжнародного регулювання, вносить і до них елемент неузгодженості. Це є результатом більш тісної й активної їх взаємодії, у результаті чого різні правові традиції починають проникати одна в одну.

Сприйняття інститутів і норм інших правопорядків породжує всередині національних правових систем «структурні напруження». Особливо наочно це виявляється в Європейському Союзі. Право ЄС включається в національні правові системи держав-членів, однак багато в чому залишається там «чужорідним тілом», свого роду «островом» у традиційних галузях права, що стають некогерентними через наявність норм, які розходяться за змістом і напрямом регулювання з принципами, первинно закладеними в їх основу. Зокрема, численні директиви та регламенти ЄС, спрямовані на захист прав споживачів, у багатьох країнах (насамперед у Великобританії) сусідують із традиційними інститутами договірного права, що базуються на принципах лібералізму. Включення норм європейського права в національні правопорядки часто має формальний характер без будь-яких спроб інтегрувати їх з нормами національного права в єдине ціле [11, с. 15–16].

Дезінтеграцію в національні правові системи вносить і так звана приватизація права. Чимало відносин сьогодні все менше зазнають державного впливу й упорядковуються за допомогою самоорганізації їх учасників. Оскільки передусім це стосується тих сфер діяльності, котрі мають трансграничний характер (наприклад, інтернет, транснаціональні корпорації), то відповідне регулювання здійснюється на міжнародному рівні (*lex mercatoria*, різноманітні кодекси поведінки та стандарти регулювання). Формально підкоряючись національним правопорядкам, суб'єкти такої діяльності погоджують її не тільки (і не стільки) із внутрішньодержавним законодавством, а й (більшою мірою) із транснаціональним регулюванням, представленим правилами, що розроблені достатньо вузьким колом експертів і підтримуються завдяки зацікавленості учасників цих відносин. У глобальному масштабі формується ціла мережа таких «приватних

правопорядків». Національні держави вимушені рахуватися з ними й у ряді випадків забезпечують реалізацію їх правил засобами державного примусу.

Показовим прикладом є практика «зручного прапора», коли держава пропонує послуги з реєстрації морських суден, що належать іншим країнам, під своїм прапором з метою зниження витрат міжнародного мореплавства. Фактично реєстрація суден здійснюється приватними компаніями, що, як правило, перебувають за межами держави, яка надає прапор. Такі компанії об'єднуються в міжнародні асоціації, які виробляють загальні правила реєстрації суден і стандарти безпеки, узгоджують із міжнародними об'єднаннями профспілок моряків умови наймання команди. Вони також співпрацюють з адміністраціями портів різних держав і координують із ними системи перевірки додержання міжнародно визнаних стандартів, ведення комп'ютерних баз даних і застосування санкцій у вигляді затримання суден. Таким чином, морехідні якості суден і умови наймання команди визначаються різними регулюючими органами — публічними та приватними, національними та міжнародними. Жоден з них не має безумовної юрисдикції, проте адміністрація порту може застосувати за порушення встановлених правил граничну санкцію у вигляді затримання судна [12, р. 463–465; 13, р. 45–71].

Таким чином, глобалізація вимагає перегляду багатьох сталих теоретичних конструкцій юридичної науки. Традиційно виокремлювані (та протиставлювані) системні утворення у праві демонструють дедалі зростаючу тенденцію до конвергенції. Мова йде про зникнення відмінностей між національним і міжнародним, приватним і публічним, м'яким і жорстким правом. Розглянемо ці тенденції детальніше.

Сьогодні все більша кількість соціальних процесів не може бути однозначно «прив'язаною» до національного чи транснаціонального рівня. Те, що певний процес відбувається на території суверенної держави, ще не відображає його національного характеру, і навпаки, щось національне за своїм походженням (компанія, капітал, культура) все частіше функціонує за межами державних кордонів як у реальному, так і у віртуальному просторі. Така локалізація глобального та глобалізація національного *«розмиває опозицію між національним та інтернаціональним»* [2, с. 31–32; 27]. У правовій сфері це виявляється як відмова від жорсткого розмежування національного, наднаціонального та міжнародно-правового регулювання.

Класичні моністична та дуалістична концепції співвідношення внутрішнього та міжнародного права, що склалися в ХІХ ст., більш як сторіччя тому, в сучасних умовах виявляються неспроможними, адже не враховують зміни соціальних реалій і не допомагають розв'язати проблеми, які виникли на практиці. «Це — зомбі з минулого, настав час їм упокоїтися» або, висловлюючись сучасною мовою, потрібно провести «деконструкцію» цих концепцій [14, р. 400]. Міжнародне і внутрішнє право більше не належать до закритих систем, їх норми тісно переплітаються та діють у межах одних і тих самих відносин. Наприклад, Конституційний Суд РФ виходить із того, що права і свободи людини та громадянина, закріплені Конституцією РФ, — це по суті ті ж права і свободи, котрі гарантуються Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод [15]. Більшість країн визнають міжнародні договори, учасниками яких вони є, та загальновизнані принципи й норми міжнародного права частиною своїх національних правових систем. Досвід національних органів конституційного

контролю сприйнято міжнародними органами із захисту прав людини, які, у свою чергу, збагатили національні конституційні доктрини та практику багатьма принциповими підходами і процедурами. Нарешті, сформувався наднаціональний рівень правового регулювання, що поєднує елементи міжнародного і внутрішнього права та здійснює визначальний вплив на розвиток правових систем держав — учасниць відповідних об'єднань [16, с. 8–34].

В умовах глобалізації різні правопорядки не можуть існувати відокремлено, вони активно взаємодіють і проникають одне в одного. Це вимагає, зокрема, переосмислення конституційного права: кожна національна конституція більше не засновує окремий нормативний *універсум*, швидше, створений на її основі правопорядок становить елемент нормативного *пльуриверсума* (*pluriversum*) [14, р. 401]. Саме поняття конституції втрачає безумовний зв'язок з державою, а національні конституції — безумовне верховенство в межах національного правопорядку.

Так, незважаючи на невдалу спробу ратифікації Договору, що встановлював Конституцію для Європи, від 29 жовтня 2004 р. [17], доктрина європейського права виходить із наявності в ЄС конституції не у формальному сенсі (писаної), а в матеріальному (змістовній). Причому її формування почалося набагато раніше за роботу Європейського Конвенту над проектом «Конституції для Європи», відповідно й пов'язується вона не тільки і не стільки з текстом Лісабонського договору від 13 грудня 2007 р., який вносив зміни до Договору про Європейський Союз і Договору про заснування Європейського співтовариства [18], за допомогою якого в них була включена більшість положень «Конституції для Європи», скільки з практикою Суду ЄС, що затвердила принципи права ЄС, котрі пов'язують як його інститути, так і органи влади держав-членів [19, с. 37–41; 20, р. 2–3]. Ще у своїх перших рішеннях Суд ЄС обґрунтував принцип верховенства та прямої дії права ЄС в межах правопорядків держав-членів [21, р. 1–17] і надалі незмінно дотримується та розвиває його. Суд ЄС неодноразово наголошував, що право ЄС має верховенство щодо права держав-членів, безпосередньо діє в їх правових системах, породжує права й обов'язки для приватних осіб, які можуть посилалися на нього в національних судах. При цьому національні суди не можуть відмовитися застосовувати право ЄС, навіть якщо воно суперечить національним правовим актам, прийнятим пізніше за відповідні положення права ЄС¹.

Тому стосовно держав — членів ЄС у сучасних умовах складно говорити про безумовне верховенство їх конституцій у межах національного правопорядку, адже «національна конституція має значення при виконанні союзного права лише тією мірою, якою вона не перешкоджатиме дієвому виконанню союзного права». Вважається, що «основна правова структура об'єднаних у Союзі держав визначається “подвійною конституцією”, тобто конституційним дуалізмом, котрий складається з об'єднання обох правопорядків — як національного, так і європейського» [19, с. 40–41].

¹ Див., наприклад: Court of Justice: C — 26/62, Van Gend et Loos v. Administratie der Belastingen, Judgment of 5 February 1963; C — 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr — und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel, Judgment of 17 December 1970; C — 48/71, Commission of the European Communities v. Italian Republic, Judgment of 13 July 1972; C — 6/90, C — 9/90, Andrea Francovich and lanila Bonifaci and Other v. Italian Republic, Judgment of 19 November 1991.

Як основоположну частину виникаючої «європейської конституції» прийнято також розглядати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод [22, р. 49–64; 23, р. 149], що виступає інструментом європейського публічного порядку (*ordre public*)¹. Право, створене Європейським судом на основі Конвенції, має конституційний характер, а сама діяльність Суду все більше наближується до конституційного контролю [24, с. 39]. У рішенні у справі «Анчугов і Гладков проти Російської Федерації» Суд відкинув заперечення влади Росії, які полягали в тому, що Конституція РФ є актом, наділеним вищою юридичною силою на території Російської Федерації, та має пріоритет щодо всіх інших правових актів і норм міжнародного права, а отже, до компетенції Європейського суду не входить перевірка сумісності положень Конституції Росії з положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Європейський суд зазначив, що ст. 1 Конвенції зобов'язує держав-учасниць забезпечувати гарантовані нею права кожній людині, яка знаходиться під їх юрисдикцією. Це положення не розрізняє видів норм і заходів, через які реалізується юрисдикція, та не вилучає яку-небудь частину юрисдикції держави з-під контролю Європейського суду; здійснюючи свою юрисдикцію на основі конституції, держави – учасниці Конвенції мають дотримуватися положень останньої. При цьому завданням Європейського суду є не абстрактна перевірка сумісності Конвенції з відповідними положеннями Конституції РФ, а конкретна оцінка впливу цих положень на права заявників, гарантованих Конвенцією².

Наступна добре відома доктринальна опозиція приватного та публічного права також не витримує випробувань сучасними реаліями. З одного боку, держава все активніше втручається у приватноправову сферу, обмежуючи дію принципу свободи договору. З метою захисту «слабкої сторони» відносин держава встановлює все більше імперативних вимог, залишаючи все менше простору для договірного регулювання. У результаті цього галузі права, які традиційно належали до приватних, набувають приватно-публічного чи публічно-приватного характеру. Спочатку це було трудове право, що замістило приватноправовий інститут особистого найму, потім – житлове, а поступово під гаслом «захисту прав споживачів» (як слабкої сторони відносин) публічно-правові основи вкоренилися в усіх інститутах приватного права, принцип свободи договору загалом перетворився на фікцію, та відповідне регулювання втратило приватноправовий характер.

З другого боку, типове для приватного права договірне регулювання починає проникати в публічну сферу. В такий спосіб усе частіше будуються відносини між органами влади, відповідальними за надання населенню публічних послуг, та приватними організаціями (фірмами, компаніями), котрі на основі відповідних договорів фактично ці послуги надають [25; 26, р. 155; 27, р. 303]. Більше того, ці приватні організації (їх об'єднання) починають самостійно регулювати порядок надання публічних послуг. Таке регулювання діє разом із державним (яке стає все більш фрагментованим) й утворює так зване м'яке право (*soft law*) [28, р. 56; 29].

¹ Eur. Court H.R. *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995. Series A. No. 310. Para. 93; *Cyprus v. Turkey*, Judgment of 10 May 2001. Para. 78; *Banković and Others v. Belgium and 16 other Contracting States*, Decision of 12 December 2001. Para. 80.

² Eur. Court H. R. *Anchugov and Gladkov v. Russia*, Judgment of 4 July 2013. Paras. 48–52.

Формально необов'язкові норми м'якого права здійснюють на відповідні відносини реальний (а часто й визначальний) регулятивний вплив [30, р. 111–113; 31, р. 198]. Термін «м'яке право» первинно виник для позначення інструментів гармонізації законодавства держав – членів ЄС у сферах співробітництва, не охоплених правом ЄС, що мають пряму дію (так званий відкритий метод координації) [32], та низки положень міжнародного права, розміщених у резолюціях, рекомендаціях і комюніке різних міжнародних організацій, різноманітних стандартах належної поведінки, кодексах кращої практики тощо [33]. М'яке право відоме як у міжнародному публічному, так і в міжнародному приватному праві [34; 35], зокрема до м'якого права прийнято відносити *lex mercatoria* [36, р. 500–501]. Пізніше цей термін став використовуватися і щодо внутрішньодержавного регулювання. Слідування нормам м'якого права забезпечується завдяки взаємній зацікавленості в їх дотриманні, а також за рахунок різних форм соціального тиску, здійснюваного учасниками відповідних відносин (наприклад, моніторинг стану справ, репутаційна відповідальність та ін.). Ці форми соціального тиску інституціоналізовані (регулярне звітування, формування «чорних списків»), проте безпосередньо не зв'язані з державним примусом, хоча нерідко виявляються не менш дієвими, ніж він [37, с. 46–48].

При цьому норми жорсткого та м'якого, приватного та публічного, національного та міжнародного права часто бувають тісно переплетені і в сукупності забезпечують одноплановий регулятивний вплив. У цьому разі вельми показовою є розглянута вище практика реєстрації суден «під зручним прапором». Тут державну функцію здійснюють приватні компанії, вони ж і регулюють відповідну діяльність на міжнародному рівні за допомогою м'якого права (вироблених експертами й узгоджених між компаніями та профспілками стандартів і правил), за порушення якого влада різних держав застосовує вельми жорсткі санкції.

Позначені сучасні тенденції розвитку права роблять доволі проблематичним протиставлення в межах західної правової традиції двох правових сумішей – англосаксонської (загального права) та романо-германської (континентальної). Інтеграційні процеси спричиняють їх постійну конвергенцію. При цьому гармонізація матеріального права відбувається більшою мірою, якщо можна так висловитися, на континентальній основі. Країни загального права сприймають багато правових інститутів і принципів, первинно сформованих у межах романо-германської правової сім'ї, наприклад, принципи пропорційності та добросовісності, а також відповідні підходи до тлумачення і застосування права [38; 39, р. 181–210]. Разом з цим точніше говорити саме про взаємовплив правових сімей. Як відзначає М. ван Хук, «континентальні правові системи протягом ХХ ст. включили нові види договорів, такі як “лізинг”, “факторинг” або “франчайзинг”, у своє договірне право, зберігаючи ці англійські слова у власній правовій мові, навіть не намагаючись їх перекласти. З другого боку, британські юристи навчилися використовувати континентальне поняття “юридичної догми” поряд із “правовою доктриною” чи посилатися на “*travaux préparatoires*”, а не на “*legislative materials*” чи на “*Hansard*” (як загальне поняття)» [11, с. 25–26].

Під впливом практики наднаціональних судових органів у країнах континентальної правової сім'ї підвищується роль судів і змінюється їх місце в систе-

мі поділу влади. Із суто правозастосовних органів вони перетворюються на активних учасників правотворчого процесу.

Так, Суд ЄС є основним механізмом конституціоналізації європейського права та затвердження його як автономного наднаціонального правопорядку [40, с. 60]. А європейське право прав людини фактично створене Європейським судом з прав людини у процесі тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Конвенція встановлює правила загального характеру, а ось функціонує вона не як нормативний акт, а за моделлю, притаманною загальному праву, — через практику Європейського суду з прав людини. Правові позиції, вироблені Судом у процесі тлумачення та застосування Конвенції, розвивають і доповнюють її положення, і діє Конвенція саме так, як вона була інтерпретована Судом. У результаті правові позиції, сформульовані Європейським судом (створені ним прецеденти тлумачення Конвенції), набагато перевищують за обсягом текст самої Конвенції та містять положення, які вочевидь не випливають із нього [24; 41; 42; 43]. При цьому право Конвенції запозичує і римську правову традицію, і традицію загального права, одночасно збагачуючись елементами інших європейських юридичних систем [24, с. 15].

Європейський суд з прав людини виходить із того, що поняття «закон», вжите в низці статей Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, охоплює як писане (законодавчі акти), так і неписане право (судову практику)¹. Суд спеціально наголошує, що було б неправильним перебільшувати відмінності між країнами загального та континентального права. Статутне право є значущим і в державах загального права. І навпаки, судова практика традиційно відіграє настільки істотну роль у континентальних країнах, що цілі розділи позитивного права значною мірою є її результатом. Якби Суд не зважав на судову практику, то він підірвав би правову систему континентальних держав так само, як і правову систему Великобританії, якби виключив загальне право з поняття «закон» у змісті Конвенції. У сфері дії писаного права, вважає Суд, «законом» є чинний правовий акт у тому вигляді, у якому він витлумачений компетентними судовими органами у світлі нових фактичних обставин².

Показово, що діяльність Європейського суду з прав людини призвела до більш широкого функціонування судового прецеденту (судової практики, судових правових позицій) як джерела права в країнах континентальної правової традиції, а у Великобританії — до прийняття Акта про права людини (*Human Rights Act*) 1998 р. (що не притаманно традиції загального права)³ та створення на його основі інституту «декларації про невідповідність», виконуючого з цілою низкою застережень функції конституційного контролю, причому з елементами як американської, так і австрійської його моделей⁴.

¹ Eur. Court H. R. *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. No 30. Para. 47; *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment of 22 October 1981. Series A. No 45. Para 14, 44; *Chappell v. the United Kingdom*, Judgment of 30 March 1989. Series A. No 152-A. Para. 53.

² Eur. Court H. R. *Kruslin v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. No. 176-A. Para 29; *Huvig v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. No. 176-B. Para 28.

³ Великобританія слідує дуалістичній моделі співвідношення міжнародного та внутрішнього права, тому ратифікація Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і Протоколів до неї сама по собі не означає перетворення Конвенції на невід'ємну частину внутрішнього права країни; на положення Конвенції не можна посилалися в національних судах.

⁴ Відповідно до Акта про права людини, законодавство, наскільки це можливо, має тлумачитися та застосовуватися таким чином, щоб бути сумісним з правами, гарантованими Конвенцією про

У найзагальнішому вигляді всі ті зміни, яких зазнає правове регулювання в умовах глобалізації, можуть бути описані як «дестабілізація традиційної нормативної ієрархії» [12, р. 461]. Національні правові системи втрачають свою специфіку й автономність, вони перебувають у складних відносинах взаємозалежності з іншими національними, наднаціональними та міжнародними правопорядками. Принципи верховенства закону та свободи парламенту у формулюванні його змісту йдуть у минуле. Законотворча діяльність сьогодні знаходиться під судовим контролем, що здійснюється як на національному, так і на наднаціональному рівні.

І якщо раніше конституційний (верховний) суд держави забезпечував єдність національного конституційного правопорядку, то тепер він вимушений лавірувати між різними правопорядками, під юрисдикцію яких потрапляє постале перед ним питання, намагаючись винести рішення, яке б узгоджувалося з кожним із них. Так, Конституційний трибунал Республіки Польща в Постанові від 18 жовтня 2004 р. № Р 8/04 звернув увагу на те, що необхідність для національних органів урахувати постанови Європейського суду з прав людини передбачає обов'язок Трибуналу застосовувати методи та принципи тлумачення, що зменшують кількість правових колізій між польськими стандартами та стандартами, сформульованими Європейським судом [44, с. 100]. Верховний суд США у своїй практиці слідує доктрині «узгодженого тлумачення» (*doctrine of consistent interpretation*, або «*Charming Betsy*» *doctrine*). Він виходить із того, що акт Конгресу ніколи не можна тлумачити таким чином, щоб він порушував міжнародне право, якщо його можна інтерпретувати інакше¹.

Міркування про пріоритет або верховенство якогось із конкуруючих правопорядків (міжнародного, наднаціонального, національного) сьогодні не продуктивні. Сучасному правовому регулюванню притаманний «гетерархічний характер». Це означає, що «визнання діяльності легітимною за якоюсь однією системою норм рідко є безумовним, його можна оминати чи поставити під сумнів за допомогою звернення до іншої системи норм. Різні види національного та субнаціонального права створюють складні взаємозв'язки між безліччю правотворчих і правозастосовних інститутів на різних рівнях. Тут можлива як конкуренція, так і координація. Між різними, проте взаємопов'язаними, регулятивними мережами виникають різні типи зчеплень, однак їх калейдоскопічний характер утруднює досягнення повної узгодженості» [12, р. 461]. Це дає приватним особам як фізичним, так і юридичним, можливість лавірувати між різними юрисдикціями, обираючи найзручнішу з них [45, р. 564].

Право все більше набуває циркулярної, мережевої структури. Циркулярність — це взаємозалежність і взаємодія «між особами й органами всередині правової системи в процесі вироблення та легітимації права» [6, с. 153]. Сучасні правові системи не мають лінійної структури та чіткої ієрархії. Вони становлять

захист прав людини і основоположних свобод (s 3(1)). Якщо таке тлумачення виявляється неможливим, суд може прийняти декларацію про несумісність певного положення акта парламенту з правом, передбаченим Конвенцією (s 4(2)). Суд не уповноважений визнавати таке законодавче положення нечинним або незастосовним, однак після прийняття декларації про несумісність уряд може зазнати політичного тиску, що спонукає до внесення змін до закону з тим, щоб усунути його несумісність із правом, гарантованим Конвенцією.

¹ Murray v. The Schooner Charming Betsy 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804); McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras, 372 U.S. 10 (1963). P. 20 — 21; Weinberger v. Rossi, 456 U.S. 25 (1982) P. 32.

складну єдність «переплєтених циркулярностей», «заплутаної ієрархії», «дивних петель» і найкраще описуються поняттям «мережа» [6, с. 156–157]. Акцент тут робиться на взаємодії між різними рівнями правової системи, «коли верхній рівень сходиться до нижнього та впливає на нього, у той час як сам визначається цим самим нижнім рівнем» [46, р. 69]. У межах такої моделі структура правової системи не утворює ієрархії, «де вищі елементи визначають нижчі. Її слід розглядати як мережу взаємовідносин, що утворюють значення з більшою чи меншою ймовірністю “істини”» [6, с. 157].

Так, Європейський Союз інтерпретується як мережа держав, інститутів ЄС і недержавних акторів. У ньому відсутній єдиний суверенний центр влади; управління здійснюється в межах поліцентричних багаторівневих мереж, які об'єднують і розподіляють суверенітет, але не передають його на наднаціональний рівень [47, р. 25]. Відносини між Європейським Союзом і національними правопорядками є «плюралістичними, а не моністичними; інтерактивними, а не ієрархічними» [48, р. 118].

Аналогічним чином будуються взаємини держав – учасниць Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та Європейського суду з прав людини. Система захисту прав людини, встановлена Конвенцією, базується на принципі субсидіарності¹. Забезпечення прав і свобод людини покладене насамперед на самі держави – члени Ради Європи. Європейський суд вступає в дію лише тоді, коли на національному рівні не вдається домогтися поновлення порушеного права. Основна мета Конвенції полягає в тому, щоб установити певні міжнародні стандарти, які мають додержуватися державами у взаємовідносинах з особами, котрі знаходяться під їх юрисдикцією². Однак це не означає абсолютної одноманітності, і держави залишаються вільними у виборі належних, на їх думку, засобів. Європейський суд ураховує особливості їх матеріального та процесуального права. Механізм захисту, передбачений Конвенцією, має допоміжний характер щодо національних систем захисту прав людини³. Європейський суд діє лише в межах процедур розв'язання спорів і лише після того, як будуть вичерпані всі внутрішні засоби правового захисту⁴.

У своїй практиці Європейський суд дотримується так званої доктрини четвертої інстанції і виходить із того, що, не зменшуючи своїх повноважень перевіряти сумісність Конвенції та прийнятих на національному рівні рішень, йому, за великим рахунком, непотрібно оцінювати фактичні обставини, що потягли ухвалення національними судами тих чи інших рішень. Інакше Європейський суд діяв би як суд третьої чи четвертої інстанції, що було б нехтуванням накладеними на його діяльність обмеженнями⁵.

Європейський суд незмінно визнає широкі межі розсуду (дискреційні повноваження) держав щодо захисту прав осіб, які перебувають під їх юрисдикцією. Причому ця свобода дій надається як національному законодавцю, так і

¹ Eur. Court H.R. Belgian Linguistic Case, Judgment of 9 February 1967. Series A. No. 5; Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968. Series A. No. 6.

² Eur. Court H.R. Belgian Linguistic Case, Judgment of 9 February 1967. Series A. No. 5

³ Eur. Court H.R. Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968. Series A. No. 6.

⁴ Eur. Court H.R. Handyside v. the United Kingdom, Judgment of 7 December 1976. Series A. No. 24. Para. 48.

⁵ Eur. Court H.R. Kemmache v. France (No 3), Judgment of 24 November 1994. Para. 44.

органам, у тому числі судовим, уповноваженим тлумачити і застосовувати чинні закони¹. Європейський суд не прагне підміняти собою національні державні органи, котрі, безперечно, перебувають у кращому становищі, ніж міжнародний суддя, для того, щоб обрати найбільш дієвий спосіб забезпечення прав людини².

Проте свобода розсуду держав — учасниць Конвенції не є нескінченною, вона обмежена «європейським контролем», здійснюваним Європейським судом з прав людини, що уповноважений ухвалювати остаточні рішення про те, наскільки дії держави відповідають положенням Конвенції. При цьому «європейський контроль» поширюється і на законодавство, і на рішення про його застосування, у тому числі й на ті, що винесені незалежним судом³.

Водночас кожен із взаємодіючих у сучасному світі правопорядків періодично демонструє прагнення побудувати ієрархії та посісти в них верхні місця. Так, в американській практиці тлумачення Конституції та внутрішнього права загалом виокремлюється два підходи — транснаціональний і національний. Прибічники транснаціонального підходу вважають, що американські суди у своїй діяльності повинні виходити за межі вузьконаціональних інтересів і враховувати взаємні інтереси всіх націй в узгоджено функціонуючому міжнародному правопорядку. Вони виходять із того, що існує так зване транснаціональне право, яке є гармонізацією міжнародного та внутрішнього права. «Націоналісти», навпаки, прагнуть чітко розділяти внутрішнє й іноземне право [49, р. 6–7; 50, р. 745]. У зв'язку з цим для «транснаціоналістів» іноземне та міжнародне право є важливими інструментами тлумачення внутрішнього права, у тому числі й конституції, а «націоналісти» вважають звернення до нього неприпустимим.

Дослідники відзначають, що останнім часом, з призначенням Дж. Робертса Головою Верховного суду США, у його практиці відмічається очевидна тенденція відмови від транснаціонального підходу на користь національного [51, р. 165–194; 52, р. 89–92]. Верховний суд у своїх рішеннях виходить із того, що міжнародні договори не є самовиконуваними та для їх імплементації в національну правову систему потрібен спеціальний акт Конгресу. Самі по собі міжнародні договори, так само як і рішення міжнародних судових органів, створюють лише міжнародно-правові зобов'язання для Сполучених Штатів і не утворюють зобов'язуючого федерального права⁴ та суб'єктивних прав, що підлягають судовому захисту⁵, а справи слід вирішувати відповідно до «встановлених принципів внутрішнього права»⁶.

До Палати Представників навіть подавався законопроект, що встановлював заборону на використання Верховним судом при тлумаченні американського права міжнародно-правових актів та іноземних джерел права, крім англійського

¹ Eur. Court H.R. *Handyside v. the United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976. Series A. No. 24. Para. 48.

² Eur. Court H.R. *Handyside v. the United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976. Series A. No. 24. Para. 50.

³ Eur. Court H.R. *Handyside v. the United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976. Series A. No. 24. Para. 49; *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. No. 30. Para. 59.

⁴ *Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008). P. 1367 – 1369.

⁵ *Sanchez-Llamas*, 548 U.S. 331 (2006). P. 340.

⁶ *Sanchez-Llamas*, 548 U.S. 331 (2006). P. 360.

загального права у тому вигляді, в якому воно існувало на момент прийняття Конституції США (1789), і виключно для її тлумачення¹, а у Сенат — резолюція аналогічного змісту² (подібна резолюція пізніше вносилася й у Палату Представників³). Більше того, деякі сенатори ініціювали законопроект, згідно з яким посилення суддів на іноземні джерела права мали розглядатися як підстава для їх імпічменту [53, р. 638–639]. Хоча всі ці ініціативи законодавців не були прийняті, їх презентація та певна підтримка свідчать про намічений відхід від транснаціоналізму [51, р. 173–174].

Конституційний трибунал Польщі виходить із того, що правові системи ЄС і Польщі мають співіснувати на основі принципу взаємсприятливої інтерпретації їх положень. Разом з тим у разі конфлікту між правом ЄС і польським конституційним правом вищу юридичну силу в Польщі має Конституція⁴.

Конституційний Суд РФ у постанові від 14 липня 2015 р. № 21-П [54] відзначив, що взаємодія європейського та конституційного правопорядку неможлива в умовах субординації, оскільки лише діалог між різними правовими системами є основою їх належної рівноваги, і, визнаючи фундаментальне значення європейської системи захисту прав і свобод людини, він готовий до пошуку правомірного компромісу заради підтримки цієї системи, проте визначення рівня своєї готовності він залишає за собою, адже межі компромісу в цьому питанні окреслює саме Конституція РФ (п. 6 мотивувальної частини). Ані Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ані засновані на ній правові позиції Європейського суду з прав людини, що містять оцінки національного законодавства чи стосуються необхідності зміни його положень, не відміняють для російської правової системи пріоритету Конституції РФ і тому підлягають реалізації в межах цієї системи лише за умови визнання вищої юридичної сили саме Конституції РФ (п. 2.2 мотивувальної частини). Постанова Європейського суду з прав людини не може бути виконана Російською Федерацією в частині покладених на неї заходів індивідуального та загального характеру, якщо тлумачення норми міжнародного договору, на якому засноване це рішення, порушує відповідні положення Конституції РФ (п. 3 мотивувальної частини). Гармонізація російського права з конвенційним, тлумачення та застосування якого здійснюється Європейським судом у процесі розгляду конкретних справ, припустима лише настільки, наскільки вона не породжує суперечностей з Конституцією РФ. Російська Федерація зобов'язана забезпечувати в межах своєї правової системи верховенство Конституції, що примушує її в разі виникнення якихось колізій у цій сфері віддавати перевагу вимогам Конституції і тим самим не слідувати буквально постанові Європейського суду, якщо її реалізація суперечить конституційним цінностям (п. 4 мотивувальної частини). У випадку, коли постанова Європейського суду, що винесена за скаргою проти Росії, ґрунтується на тлумаченні положень Конвенції, яке суперечить Конституції РФ, вона не може бути виконана (п. 5.3 мотивувальної частини, п. 1 резолютивної частини).

¹ American Justice for American Citizens Act, H.R. 1658, 109th Cong. (2005).

² S. Res. 92, 109th Cong. (2005).

³ H. Res. 372, 110th Cong. (2007).

⁴ Constitutional Tribunal, Judgment of 11 May 2005, 49/5/A/2005, K 18/04. P. 44 – 45.

Суд ЄС визнав проект угоди про приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не сумісним із засновницькими договорами ЄС, оскільки умови, на яких воно мало б відбутися, «підбивають автономію права ЄС» (пп. 194, 197, 199, 200, 234). Рішення Європейського суду, вважає Суд ЄС, не можуть зв'язувати Європейський Союз із його інститутами при здійсненні ними своїх повноважень і, зокрема, при тлумаченні права ЄС (п. 184). Лише Суд ЄС має виключну юрисдикцію щодо будь-яких спорів між державами-членами та між державами – членами і ЄС з приводу додержання Конвенції (п. 204), а також виключними повноваженнями з остаточного тлумачення права ЄС у світлі прав, гарантованих Конвенцією (п. 246)¹.

Усі ці спроби різних правопорядків обґрунтувати своє верховенство та суверенність виглядають як атавізм минулих легістських і етатистських уявлень про право, висхідних до командної теорії Дж. Остіна, і лише заплутують і без того складні мережі сучасного правового регулювання. Вони здаються особливо недоречними в умовах процесів денационалізації та приватизації права, коли, як було зображено, формується значний масив права, дія якого не забезпечується державою та не обмежується державною територією. Це право, «індиферентне до суверенітету та державних кордонів» [37, с. 50], становить поліцентричну систему [55]. Межі дії різних нормативних масивів та юрисдикція формуючих і застосовуючих їх інститутів усе частіше визначається не за територіальним принципом, а за сферами відносин, що інколи перетинаються. Та дотримання відповідних норм забезпечується насамперед взаємною зацікавленістю в цьому.

Невипадково глобалізацію називають «новим середньовіччям» [1, с. 197; 37, с. 50; 56, с. 24, 31], коли (безумовно, на новому рівні розвитку) відтворюються деякі риси середньовічного суспільства та права. У Середні віки «кожна окрема людина жила в умовах множинності правових систем, кожна з яких керувала однією зі спільнот, що частково перетиналися одна з одною, членом якої була та людина». Індивідуальна свобода полягала головним чином у «мобільності, тобто здатності переходити з однієї спільноти до іншої чи звертатися до однієї спільноти по допомогу від іншої» [57, с. 369, 370]. Чим більше було б таких корпорацій, до яких людина потенційно могла належати, і чим простішим ставав би перехід з однієї до іншої та лавірування між ними, тим вищим був би рівень свободи в суспільстві.

Ситуація, що складається сьогодні, у чомусь аналогічна середньовічній. Соціальні та правові зв'язки й відносини формують складні переплетені мережі, і національні держави змушені «ділити лояльність своїх громадян з іншими авторитетами на рівні регіонів і світової спільноти, з одного боку, та з субдержавними, субнаціональними авторитетами – з другого» [1, с. 197].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Бек У. Что такое глобализация? : пер. с нем. / У. Бек. – М. : Прогресс-Традиция, 2001. – 304 с.
2. Бек У. Космополитическое общество и его враги / У. Бек // Журн. социологии и соц. антропологии. – 2003. – Т. VI, № 1. – С. 24–53.
3. Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории : пер. с нем. / Ю. Хабермас. – СПб. : Наука, 2001. – 417 с.

¹ European Court of Justice. Opinion 2/13 of 18 December 2014.

4. Хелд Д. Модели демократии : пер. с англ. / Д. Хелд. — М. : Издат. дом «Дело» РАНХиГС, 2014. — 548 с.
5. Хабермас Ю. Эссе к конституции Европы : пер. с нем. / Ю. Хабермас. — М. : Весь Мир, 2013. — 144 с.
6. Хук М. ван. Право как коммуникация : пер. с англ. / М. ван Хук. — СПб. : Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, ООО «Унив. издат. консорциум», 2012. — 288 с.
7. Fassbender B. The United Nations Charter as Constitution of the International Community / B. Fassbender // Columbia Journal of Transnational Law. — 1998. — Vol. 36. — P. 529–619.
8. Rosenfeld M. Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism / M. Rosenfeld // International Journal of Constitutional Law (I-CON). — 2008. — Vol. 6, № 3–4. — P. 415–455.
9. Walker N. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders / N. Walker // International Journal of Constitutional Law (I-CON). — 2008. — Vol. 6, № 3–4. — P. 373–396.
10. Garlicki L. Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe / L. Garlicki // International Journal of Constitutional Law (I-CON). — 2008. — Vol. 6, № 3–4. — P. 509–530.
11. Хук М. ван. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. В честь Андрея Полякова / М. ван Хук // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова : кол. моногр. : в 2 т. / под ред. М.В. Антонова, И. Л. Честнова. — СПб. : Алеф-Пресс, 2014. — Т. II : Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права. — С. 7–32.
12. Picciotto S. Constitutionalizing Multilevel Governance? / S. Picciotto // International Journal of Constitutional Law (I-CON). — 2008. — Vol. 6, № 3–4. — P. 457–479.
13. Murphy D. D. The Structure of Regulatory Competition: Corporations and Public Policies in a Global Economy / D. D. Murphy. — Oxford : Oxford University Press, 2004. — 336 p.
14. Bogdandy A. von. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law / A. von. Bogdandy // International Journal of Constitutional Law (I-CON). — 2008. — Vol. 6, № 3–4. — P. 397–413.
15. Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П по делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Президиума Ленинградского окружного военного суда // СЗ РФ. — 2013. — № 50. — Ст. 6670.
16. Варламова Н. В. Проблемы институционализации наднационального уровня осуществления публично-властных полномочий / Н. В. Варламова // Интернационализация конституционного права в условиях глобализации. Тр. Ин-та государства и права РАН. — 2014. — № 6. — С. 8–34.
17. Европа без России. Договор, учреждающий Конституцию для Европы от 20 октября 2004 года. — М. : Европа, 2005. — 580 с.
18. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 // Official Journal of the European Union. — 2007. — Vol. 50. — P. 1–230.
19. Хольцингер Г. Конституционное государство в Европейском Союзе / Г. Хольцингер // Современный конституционализм: вызовы и перспективы : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию Конституции Рос. Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.) / отв. ред. В. Д. Зорькин. — М. : Норма, 2014. — С. 36–45.
20. Bartole S. Community Law and National Constitution in the Light of the Italian Experience / S. Bartole // European Commission for Democracy through Law

- (Venice Commission). European Integration – Constitutional and Legal Reforms. UNIDEM Campus Trieste Seminar. Italy, Trieste, 10–13 September 2007. – Strasburg, 2007. – P. 2–4.
21. *Phelan W.* Supremacy, Direct Effect and Dairy Products in the Early History of European Law / W. Phelan. – European University Institute Working Papers. Law. 2014/11. – 17 p.
 22. *Arnold R.* European Constitutional Law: Some Reflections on a Concept that Emerged in the Second Half of the Twentieth Century / R. Arnold // Tulane European and Civil Law Forum. – 1999. – Vol. 14. – P. 49–64.
 23. *Frowein J.* Die Herausbildung Europaischer Verfassungsprinzipien / J. Frowein. – Festschrift Werner Mainhofer, 1998.
 24. *Де Сальвиа М.* Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. : пер. с фр. / М. де Сальвиа. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 1072 с.
 25. *Collins H.* Regulating Contracts / H. Collins. – Oxford : Oxford University Press, 1999. – 402 p.
 26. *Freeman J.* The Contracting State / J. Freeman // Florida State University Law Review. – 2000. – Vol. 28. – P. 155–214.
 27. *Vincent-Jones P.* The Regulation of Contractualization in Quasi-Markets for Public Services / P. Vincent-Jones // Public Law. – 1999. – Vol. 1. – P. 303–327.
 28. *Scott C.* Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance / C. Scott // Journal of Law and Society. – 2002. – Vol. 29. – P. 56–76.
 29. *Moran M.* The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation / M. Moran. – Oxford : Oxford University Press, 2003. – 256 p.
 30. *Senden L.* Soft Law in European Community Law / L. Senden. – Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004. – 123 p.
 31. *Snyder F.* Soft Law and the Institutional Practice in the European Community / F. Snyder // The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël / ed. by M. Stephen. – Dordrecht ; Boston ; London, 2010. – P. 197–225.
 32. *Trubek D.* Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination / D. Trubek, L. Trubek // European Law Journal. – 2005. – Vol. 11, № 3. – P. 343–364.
 33. *Mörth U.* Introduction in Soft Law in Governance and Regulation / U. Mörth. – Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing Ltd., 2004. – P. 37–61.
 34. *Велижанина М. Ю.* Мягкое право: его сущность и роль в регулировании международных отношений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / М. Ю. Велижанина. – М. : Диплом. акад. МИД РФ, 2007. – 29 с.
 35. *Волкова Е. В.* К вопросу о категории «мягкого права» в праве международных контрактов / Е. В. Волкова // Право и управление. XXI век. – 2008. – №. 2 (3).
 36. *Di Robilant A.* Genealogies of Soft Law / A. Di Robilant // The American Journal of Comparative Law. – 2006. – Vol. 54, № 3. – P. 499–554.
 37. *Фогельсон Ю. Б.* Мягкое право в современном правовом дискурсе / Ю. Б. Фогельсон // Журнал рос. права. – 2013. – № 9. – С. 43–51.
 38. *The Harmonization of European Private Law* / Ed. by M. van Hoecke, F. Ost. – Oxford, 2010.
 39. *Barak A.* Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations / A. Barak. – New York, 2012. – 638 p.
 40. *Танчев Е.* Классические и современные проблемы теории и практики учредительной власти / Е. Танчев // Современный конституционализм: вызовы и перспективы : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию Конституции Рос. Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.) / отв. ред. В. Д. Зорькин. – М. : Норма, 2014. – С. 45–71.

41. *Van Dijk P.* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights / P. van Dijk, G. J. H. van Hoof. — The Hague ; Boston : Kluwer Law International, 1998. — 850 p.
42. *Janis M. W.* European Human Rights Law. Text and Materials / M. W. Janis, R. S. Kay, A. W. Bradley. — 2nd ed. — New York : Oxford, University press, 2000. — 561 p.
43. *Harris D.* Law of the European Convention on Human Rights / D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick. — 2nd ed. — New York : Oxford University Press, 2009. — 902 p.
44. *Боднар А.* Res interpretata: юридическая сила постановлений Европейского Суда по правам человека для государств, не являющихся сторонами в деле / А. Боднар // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 3 (82). — С. 82–114.
45. *Braithwaite J.* Global Business Regulation / J. Braithwaite, P. Drahos. — Cambridge : Cambridge University Press, 2000. — 724 p.
46. *Kerchove M. van de.* Legal System Between Order and Disorder / M. van de Kerchove, F. Ost. — Oxford : Clarendon Press, 1994. — 216 p.
47. *Czaputowicz J.* Sovereignty in Theories of European Integration and the Perspective of the Polish Constitutional Tribunal / J. Czaputowicz // Yearbook of Polish European Studies. — 2014. — Vol. 17. — P. 15–35.
48. *MacCormick N.* Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth / N. MacCormick. — New York : Oxford University Press, 1999. — 210 p.
49. *Kohn H. H.* The Ninth Annual John W. Hager Lecture, The 2004 Term: The Supreme Court Meets International Law / H. H. Kohn // Tulsa Journal of Comparative and International Law. — 2004. — Vol. 12. — P. 1–22.
50. *Kohn H. H.* Why Transnational Law Matters? / H. H. Kohn // Penn State International Law Review. — 2006. — Vol. 24, № 4. — P. 745–755.
51. *Surdyk A. J.* John Roberts: Nationalism, Conservatism and the Shifting Trends on the Contemporary Supreme Court / A. J. Surdyk // Touro International Law Review. — 2010. — Vol. 13, № 2. — P. 165–194.
52. *Waters M. A.* Treaty Dialogue in Sanchez-Llamas; Is Chief Justice Roberts a Transnationalist, After All? / M. A. Waters // Lewis & Clark Law Review. — 2007. — Vol. 11. — P. 89–92.
53. *Parrish A. L.* A Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law / A. L. Parrish // University of Illinois Law Review. — 2007. — № 2. — P. 637–680.
54. *Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П* по делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // Собрание законодательства Рос. Федерации. — 2015. — № 30. — Ст. 4658.
55. *Bell T. W.* Polycentric Law / T. W. Bell // Humane Studies Review. — 1991/92. — Vol. 7, № 1.
56. *Фогельсон Ю. Б.* Мягкое право и верховенство права / Ю. Б. Фогельсон // Журнал рос. права. — 2014. — № 11. — С. 22–33.
57. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман. — М. : Изд-во МГУ: ИНФРА-М НОРМА, 1998. — 624 с.

Варламова Н. В. Глобалізація як нове середньовіччя. Від ієрархії до циркулярності: мережева структура глобального права

Анотація. У статті розглядаються зміни, які в умовах глобалізації зазнає правового регулювання. На низці прикладів автор демонструє, що таке регулювання «виходить» за межі національних держав і набуває транснаціональних форм. У зв'язку з цим потребують перегляду традиційні уявлення про правопорядок як про єдину ієрархічно організовану систему норм, встановлених (санкціонованих) державою та забезпечуваних (у разі потреби) її примусом. Держава багато в чому втрачає монополію на встановлення та підтримання правопорядку, формується глобальний правовий універсум, який, утім, не відрізняється узгодженістю між різними рівнями та формами регулювання. Глобалізація вимагає перегляду багатьох сталих теоретичних конструкцій юридичної науки та традиційно виокремлюваних системних утворень у праві. Зокрема, стираються відмінності між міжнародним і національним, приватним і публічним, м'яким і жорстким правом.

Ключові слова: глобалізація, правопорядок, держава, міжнародне право, внутрішнє право.

Варламова Н. В. Глобализация как новое средневековье. От иерархии к циркулярности: сетевая структура глобального права

Аннотация. В статье рассматриваются изменения, которые в условиях глобализации претерпевает правовое регулирование. На целом ряде примеров автор показывает, что оно «выходит» за границы национальных государств и приобретает транснациональные формы. В связи с этим нуждаются в пересмотре традиционные представления о правопорядке как о единой иерархически организованной системе норм, установленных (санкционированных) государством и обеспечиваемых (в случае необходимости) исходящим от него принуждением. Государство во многом утрачивает монополию на установление и поддержание правопорядка, формируется глобальный правовой універсум, который, однако, не отличается согласованностью между различными уровнями и формами регулирования. Глобализация требует пересмотра многих устоявшихся теоретических конструкций юридической науки и традиционно выделяемых системных образований в праве. В частности, происходит стирание различий между международным и национальным, частным и публичным, мягким и жестким правом.

Ключевые слова: глобализация, правопорядок, государство, международное право, внутреннее право.

Varlamova N. Globalization as a New Middle Ages. From Hierarchy to Circularity: the Network Structure of Global Law

Summary. The changes which legal regulation undergoes in the conditions of globalization are discussed in this article. The author shows by the number of examples that such regulation «goes» beyond the boundaries of nation-states and takes the transnational forms. In this regard traditional notions of legal order as hierarchically organized system of rules, established (authorized) by the state and provided (if it is necessary) by its compulsion, need to be revised. The state largely loses its monopoly on the establishment and maintenance of the legal order; the global legal universe is growing up, in which, however, different levels and forms of regulation aren't aligned with. Globalization requires a review of many established theoretical concepts of jurisprudence and traditionally pointed system formations of the law. In particular, blurring out the distinctions between international and national, private and public, soft and hard law takes place.

Key words: globalization, legal order, state, international law, internal law.

ЕСТЕТИКА ПЕРСПЕКТИВІЗМУ В СУЧАСНОМУ ПРАВознавстві

Д. БОЧАРОВ
*кандидат юридичних наук, доцент,
декан юридичного факультету
(Університет митної справи та фінансів,
Дніпропетровськ)*



За назвою кожного абстрактного поняття ховається щонайсміливіша з метафор, і що не метафора — то гра словами. Отак людство, надаючи життю словесного виразу, творить поруч із світом природи свій другий, естетичний світ.

Йоган Гейзінга

Гамлет дивиться на череп і бачить Йорика.
Череп дивиться на Гамлета і бачить череп.
Не існує єдиного, об'єктивного, вивіреного погляду на речі.
Хіба що погляд з порожніх очниць.

Борис Херсонський

Здавалося б, який стосунок до наукового визначення поняття права мають естетика, теорія метафори чи вплив геометричної оптики на техніку малюнка? На позір — жодного. Але якщо поміркувати неквапно, назва й епіграфі цієї статті не виглядатимуть аж настільки недоречними, якими видаються попервах.

Тож, *по-перше* — ніяких «по-перше», жодних «на позір», усуніть без «побіжно»; у зумовленій візуальною метафорою перспективі послідовно висвітлимо найсуттєвіше.

По-друге, між естетикою, з одного боку, та наукою — з другого, відстань така сама, як між поетичною метафорою та фізико-математичною моделлю. Тобто незначна. Зрештою, у питаннях епістемології чи то пак теорії пізнання хоч-нехоч доводиться послуговуватись аналогіями, алегоріями й метафорами. Як

зазначає Ф. Анкерсміт, «уся епістемологія внутрішньо метафорична» [1, с. 358], а повсякчас демонстрована ворожість «нормальних учених» до метафор зумовлена заздрістю до більш успішного конкурента. «Їм дуже хотілося б, щоб епістемологія краще, результативніше й вичерпніше виконала ту роботу, яка поміж іншим, ніби випадково, вже була здійснена метафорою» [1, с. 359–360].

Як зазначає Дж. Ло, в науці домінує буквальна репрезентація, яка передбачає безпосередній опис у формі тверджень і констатацій, відсилає до репрезентованого (тобто *явленого відсутнього*) прямо й безпосередньо [10, с. 184]. Але так звана «пряма репрезентація», на думку вченого, насправді ніколи не буває прямою, вона завжди опосередкована, адже більша частина конструкції, до якої включене таке «зображення», залишається прихованою. Авторство, прояви невизначеності, спосіб об'єктивації зовнішнього — усе це зникає внаслідок умілого стирання, приховування, замовчування. Пряма репрезентація — це така собі «потайна алегорія»; алегорія інкогніто [10, с. 184–185]. Алегорія «використовує наявне для того, щоб сполучити його з відсутнім; вона внаочнює те, що без неї лишилося б непомітним; вона розширює поле видимого й продукує нові стандарти очевидності» [10, с. 189]. А головне — вможливорює амбівалентність і двозначність зображення. В алегорії зображуване зовсім не мусить бути несуперечливим.

Якщо заглибитись у підвалини будь-якої епістемологічної системи, в її основі ми знайдемо базову метафору. Ця метафора становить наріжний камінь, на який спирається будівля науки, визначає межу, за яку ми не здатні зайти, являє собою прафеномен метафори, визначальну метафоричну матрицю [1, с. 360–361]. І зрештою, зовсім нескладно бути точним при визначенні природи цієї базової метафори. Адже, «зазвичай при витокках, в основі будь-якого неймовірно складного й “наукового” епістемологічного обґрунтування ми знайдемо типову оптичну чи просторову метафору» [1, с. 361]. Так, наприклад, М. Мерло-Понті надавав перевагу візуальній метафорі, розмірковуючи про «невидиме» за допомогою категорій і стратегій «видимого», а М. Фуко — просторовій, з його «археологічними пластами» й «епістемологічними полями». А втім, епістемологічний ідеал утілює універсальна оптично-часово-просторова метафора *species aeternitatis*, «погляду вічності» або «божественної точки зору». Це — погляд відусюди й водночас нізвідки, погляд позачасовий, який охоплює і початок, і кінець усього, уважний до малого й великого, об'єктивний і безсторонній. Погляд Бога.

У людській уяві ця метафора може бути почасти відтворена за допомогою метафори «ріки часу з висоти пташиного польоту». Опосередковуючи поняття часу за допомогою просторової метафори «час — ріка», а поняття простору, своєю чергою, за допомогою візуальної метафори «картини» або «мапи» (теж насправді доволі умовної), *species aeternitatis* набуває рис (винятково) оптичної метафори. Зрештою, близько 90 % всієї необхідної інформації про світ людина одержує візуально, тож немає нічого дивного в тому, що *Urphänomen* (за Гьоте) або *Grundnorm* (за Кельзенем) епістемології становить оптична метафора, явно чи неявно присутня в усіх інших когнітивних моделях і матрицях [4]. Саме тому «коли ми шукаємо реальності — ми шукаємо те, що можна досягнути зором» [5].

Отже, розуміння й пояснення «речей нематеріальних» і «процесів неочевидних» здійснюється здебільшого за допомогою їх умоглядного моделювання, тобто заміщення наочними й звичними для зору та свідомості «сутностями».

Найпростішим і найпоширенішим засобом моделювання «вельми абстрактних чи неструктурованих сутностей за допомогою більш конкретних або принаймні більш структурованих сутностей» [9, с. 10] зазвичай виступають метафори, які можуть утворювати й утворюють узгоджені концептуальні структури більш глобального рівня [9, с. 11]. Властива метафорам і моделям зовнішня аналогія з реальністю, зменшує початкове розходження між інертною непрозорістю фактів і конструктивною діяльністю моделей/метафор [2, с. 35]. І метафора, і модель передбачають свідому заміну однієї речі — іншою задля кращого сприйняття чи розуміння. «Ми розпочинаємо створення моделей з першими мімічними актами й спробами мовної комунікації та продовжуємо творити їх, використовуючи аналогії, метафори, гіпотези й теорії», — переконаний М. Вартофський [6, с. 40].

Поставивши в певному відношенні знак рівності між елементарною науковою моделлю й метафорою, ми змушені будемо переглянути й ставлення до естетики, яка традиційно вважається цариною метафор і протиставляється науці. «Епістемологічне питання постає з наміру творити саму наукову діяльність, виходячи з винаходження моделей, — пише А. Бадью, — тобто якщо ми презентуємо наукове пізнання як пізнання за допомогою моделей» [2, с. 32]. Але якщо «модель = метафора», то чому «наука (епістемологія) ≠ естетика»?

До речі, характеризуючи найліпшу з позицій науки епістемологічну модель, зазвичай визнають, що найкращою завжди буде «істинна» модель, тобто така модель, яка, будучи найпростішою, відповідатиме подвійній умові: використання лише встановлених і врахування всіх наявних фактів. Як цілком слушно зауважує з цього приводу А. Бадью, істинність моделі парадоксальним чином визначається за допомогою «класичного» критерію досконалості-вишуканості: «вичерпність і простота» [2, с. 34], тобто, естетичного критерію.

Естетичною привабливістю між іншим (але не в останню чергу) пояснює Т. Кун визнання наукових теорій ученими під час «наукових революцій». Це, звісно, не означає, що тріумф нової парадигми всуціль залежить від якогось містичного впливу естетики, але значення «особистих і нечітких естетичних міркувань» на кшталт того, що «нова теорія має бути яснішою, зручнішою або простішою за стару», інколи може виявитися вирішальним, а нечисленні вчені (чомусь переважно математики/фізики), які керуються естетичними критеріями, часто є саме тими, «від кого залежить остаточний тріумф теорії» [8, с. 167–168, 170].

Про «естетичний» інгредієнт точних наук пише Дж. Ло, так само схилиючись до думки, що «відчуття прекрасного» притаманне представникам точних наук (математика, фізика) більшою мірою, ніж ученим-гуманітаріям. «Але тут, знов-таки, слід бути дуже обережним, — застерігає він. — Те, що вважається «красою», не може бути визначене в загальних термінах незалежно від (наукового. — Д. Б.) контексту» [10, с. 307]. Абсолютизація «розподілу праці» між епістемологією, етикою (політикою) й естетикою в науці далеко не завжди виправдана. Учений переконаний: ідеться зовсім не про запровадження якогось «сучасного фашизму», що розквіт естетики визнаватиме найвищим самоочевидним благом коштом інших благ («красива фізика» Е. Фермі); краса має співіснувати з істиною й політикою (етикою). Однак «онтично-епістемічні естетичні

форми уявлюваного не можуть виключатися з процесу створення реалій, їх відсутність у перебігу творення світу аж ніяк не є благом» [10, с. 308].

Таким чином, зводити рефлексивну «естетику» виключно до розважань з приводу прекрасного й опікування канонами мистецтва принаймні нерозсудливо. Нерозсудливо тим більше, що естетика від початку пов'язувалася з ототожненням істинного, доброго та прекрасного, лиш із часом поступившись першим і другим на користь останнього [7, с. 241–242]. Усе зазначене змушує визнати бодай часткову слухність винесених ув епіграф міркувань Й. Гейзінги й віднесення до царини естетики питань, що мають відношення до форм, образів, тропів, перцепції та чуттєвого сприйняття в науковому дослідженні. Але в такому разі слід визнати й те, що кожен юрист схильний мислити передовсім «красиве право». Хай навіть усвідомлюючи, що «право запроваджує примусовий порядок болю й смерті без будь-якого етичного виправдання чи раціональної підстави, так само, як митець накладає фарби на холст» [11, с. 114].

Дослідження співвідношення права й естетики в конструктивному ключі наразі здійснюється в роботах А. Гірея, Д. Кеннеді, Д. Мендерсона та ін. [11, с. 114–115]. Предмет аналізу в цій розвідці становитиме насамперед естетика перспективізму американського вченого П'єра Шлага, який уважає право передовсім «естетичним проектом» [11, с. 113] і набув популярності на пострадянських теренах завдяки зусиллям К. Самохіної. «Моя концепція естетики ширша й толерантніша за загально визнану, хоч і менш поширена, — зазначає вчений, — застосування мною терміна “естетика” зумовлене його грецьким походженням: там *aisthētikos* означає *сприйняття* або *відчуття*. Під таким кутом зору естетика вочевидь має відношення до форм, образів, тропів, вражень і відчуттів, які пов'язані зі сприйняттям, розумінням, реалізацією та навіть сутністю людських устремлінь, зокрема в царині права» [11, с. 112, 114].

Найбільш цікавим у такому підході, на думку дослідника, є навіть не усвідомлення визначальної ролі естетики в формуванні сутності права, а те, що кожна з естетик латентно залучена до вироблення інтелектуальних і риторичних завдань, образів професії (правничого фаху), інтелектуальної проблематики, важливих науково-дослідних програм різних напрямів правознавства. Інакше кажучи, багато з того, що ми вважаємо результатом свідомої й суворої рефлексії, наперед визначене й запроваджене в дію на (несвідомому чи здебільшого неусвідомленому) рівні форм — естетичному рівні [11, с. 113].

Отже, далі йтиметься про інтегровану естетику як прототипну сполуку образів і схем; риторичних форм; метафор та ін. тропів; перцептивних форм і чуттєвого сприйняття; рівнів драматичної напруги; сенсорних вражень; емоцій та почуттів [11, с. 112–113, 116–117].

Слід ще раз наголосити, що подальший розгляд права крізь призму перспективізму здійснюватиметься в рамках авторської, «значно ширшої й толерантнішої та менш формалізованої за загальноприйняту» концепції правової естетики П. Шлага [11, с. 114].

По-третє, не варто зважати на можливі заперечення перспективізму як усталеного й поширеного способу мислення права, оскільки спрощена версія «перспективізму» наразі може бути визнана класичною європейсько-американською епістемологічною парадигмою, «переважним модусом» природних і соціальних наук [10, с. 59–60, 111, 253]. Із усіма своїми перевагами й недоліками. Із своїм редукаціонізмом і «універсалізмом». Із базовою метафорою перспективи

в основі. Із усією химерною сумішшю вражень і рефлексій, похідних метафор і моделей, позицій і поглядів. Поміж іншим, і щодо права.

Перспектива втілює заснований на математичних (геометричних) закономірностях спосіб передачі природного зорового сприйняття простору на площині, технологію забезпечення оптичної «глибини» двомірних зображень. «Вимір глибини — чи то в просторі, чи то в часі, візуально чи аудитивно — здійснюється завжди на площині, — стверджував один із фундаторів і послідовних адептів епістемологічного перспективізму Х. Ортега-і-Гассет. — На щастя, ця площина, при правильному погляді, не перестаючи бути собою, здатна розширюватися в бік глибини, утворюючи перспективу. Перспектива вдосконалюється через примноження її визначень і точність, із якою ми реагуємо на кожен із її рівнів». На його думку, не стане перебільшенням твердження, що реальність можна бачити лише в певній перспективі; перспектива — один із компонентів реальності, спосіб її організації. Концепція пізнання Ортега-і-Гассета всуціль опосередкована візуальною метафорою й підпорядкована законам геометричної оптики; він свідомо довів метафоричну аналогію пізнання/бачення до рівня ототожнення й надав ученню про оптичну перспективу значення наріжного каменю теорії пізнання [5]. Сучасний «перспективізм» так само ґрунтується на метафорі перспективи як способу організації дійсності й епістемологічної моделі.

Згадана вище спрощена й тому популярна наразі версія «перспективізму» як способу опанування реальності (безвідносно до права) спирається на декілька засадничих інтуїцій-аксіом:

А) Реальність існує зовні, тобто «за межами нас». Перспективізм спирається на чітке розрізнення між об'єктом спостереження та спостерігачем [10, с. 55, 59].

Б) Зовнішня реальність здебільшого не залежить від наших дій та способів її сприйняття. Мистецтво перспективи передбачає досягнення найбільшої схожості між двовимірним зображенням і «тривимірною» дійсністю, тут репрезентація повинна максимально точно відтворювати реальність «такою, як вона є» усіма можливими способами [10, с. 52–53, 56, 59].

В) Дійсність передує нашим пізнавальним актам і репрезентаціям, існує до нас, нашого сприйняття, розуміння й відтворення [10, с. 56–57]. Той, хто подібно до Брунеллескі й Альберті прагнутиме точного відтворення дійсності, змушений буде взаємодіяти з наявною дійсністю як із розпростертою натурницею А. Дюрера, що вже в студії «така як є» й чекає на змалювання [10, с. 59].

Г) Зовнішня реальність утворюється безліччю визначених форм і конкретизованих відносин, тобто наділена такими «властивостями», як формальна визначеність, ясність і чіткість. «Апарат перспективізму артикулює найбільш конкретну й точну версію того, що означає бути визначеним, — пише Дж. Ло. — Система перспективи — це проєкція, заснована на припущенні, що світ являє собою евклідовий простір і що цей простір заповнений репрезентативними об'єктами з евклідовими параметрами. Заняття наукою чи мистецтвом означає необхідність відкриття й додержання правил, що дозволяють адекватно відтворювати тривимірні об'єкти у двомірній площині» [10, с. 59].

Г) Реальний світ є загальним, спільним для всіх, він усюди той самий, «єдиний» [10, с. 58]. Лінійна перспектива має власне трактування єдності світу. Якщо евклідовий простір реальності заповнений об'ємними тілами, з різних точок зору відкриватимуться різні види чи перспективи. Але, оскільки правила

експліцитні, вони забезпечують адекватну двомірну проекцію одиничного тримірного об'єкта з декількох різних точок зору, не заперечуючи його єдності й тотожності самому собі [10, с. 59–60]. Класичний ідеал раціональності в перспективізмі виявляється в когерентності реальностей, утворюваних різними точками зору, подібно до забезпечуваної панорамною зйомкою (велика кількість зображень суміщається в одне завдяки фіксованим параметрам зйомки умовного «горизонту» зі змінних позицій, в ідеалі — формуючи видноколо). Утім, цілком можлива й несумісність реальностей різних перспектив, що робить перспективізм особливим способом опанування реальності й важливим інструментом в царині соціальної взаємодії.

Окрім того, такому «перспективізму» притаманні менш очевидні, але не менш важливі засадничі припущення:

Д) «Тривимірна» дійсність характеризується відносною сталістю, стабільністю, тожсамістю, а процеси й об'єкти в цілому відзначаються незмінністю, інертністю й постійністю [10, с. 58]. Фізична, матеріальна куля завжди (або, принаймні, деякий час) залишається кулею, конус — конусом, а призма — призмою. У двовимірній площині умоглядної репрезентації онтологічна «постійність» забезпечується через принцип адекватності — завдяки канонам лінійної перспективи, — й дозволяє бачити речі такими, «якими вони є насправді» [6, с. 213–214]. Розташоване під непрямым кутом до лінії погляду коло має вигляд еліпса, і саме це дозволяє бачити його як коло. Нахилений до спостерігача квадрат виглядатиме трапецією, що вможлиблює (у візуальному контексті перспективи) бачення нами квадрата. Попри методологічну сумнівність [6, с. 212, 234], обидва постулати дотепер залишаються напрочуд актуальними в онтології й епістемології.

Е) Зовнішнє становить «образ» і сприймається як картина (фотографія, малюнок) [6, с. 234], тобто щось переважно статичне й пасивне [10, с. 58], і «вимагає» такої ж пасивності від спостерігача.

Власне, ця риса «оптичного» перспективізму певною мірою суперечить сучасним європейсько-американським уявленням про «розподіл активності» між суб'єктом і об'єктом, бо там реальності-об'єктові накладається пасивність, натомість суб'єкт зазвичай мислиться як активна сутність-інстанція. На думку Дж. Ло, поширені в науці дуалізми «людське-нелюдське», «суб'єкт-об'єкт» і «соціальне-природне» між іншим стверджують іще одну дихотомію — розподіл між класами активних сутностей і пасивних сутностей. «Людина, суб'єкт і соціальне — активні (або ж у більшості випадків мають бути такими). Потенційно креативні, потенційно здатні до вибору, потенційно автономні — вони наділені здатністю до дії (у стандартному розумінні соціальних наук), — вважає вчений. — А «нелюдське», об'єкт і природа — навпаки, пасивні (або ж у більшості випадків мають бути такими), передбачувані й залежні від впливів. У теорії те, як вони «поводяться» вважається за можливе передбачити й, відповідно, контролювати. Вони визначені; у цілому й загалом уважається, що світові природи та його об'єктам властива «поведінка» (у пасивному розумінні — як форма залежності), а не здатність до дії» [10, с. 272–274].

Причина «пасивності» суб'єкта в контексті «оптичного» перспективізму полягає в початковій потребі фіксації точки зору глядача відносно лінії горизонту й зображуваних об'єктів. Така фіксація попервах забезпечувалась механічним шляхом (за допомогою монокулярного візира) і потребувала відносно

нерухомого суб'єкта спостереження. Поширенням ідеї «пасивного споглядання» як умови об'єктивного сприйняття завдячуємо фізікам, які творили свої моделі зору згідно з канонами геометричної оптики, сумлінно звіряючись із дзеркалом. Потому цю «абстрактну фікцію» підхопили філософи, сформувавши на базі «дзеркальних» моделей перцептивні теорії, й у такий спосіб перетворили абстрактну геометрію відбиття в абсолютно хибну теорію перцептивної діяльності [6, с. 194]. Адже, як слушно зазначає М. Вартофський, «перцептивні процеси антиципації, ознайомлення, пошуків схожості, формування установки; селективність і концентрація сприйняття; його зв'язок із потребами, намірами й почуттями, з когнітивними й теоретичними структурами — усе це свідчить про нерозривну єдність сприйняття з усією сукупністю тих соціальних й індивідуальних відносин, що в їх контексті воно функціонує та які виражає. Тому сприйняття — не передумова людської діяльності; воно вже діяльність — в одній із її форм, у складному й тонкому сплетінні з іншими безпосередніми способами виробничої практики, з моторною активністю, що завдяки їм людина реалізує себе у світі» [6, с. 195, 211]. На думку Х. Ортеги-і-Гассета, оптимальна для засвоєння більшого числа кращої якості об'єктивних елементів ситуація перебуває поміж чистим (пасивним) спогляданням і нагальним (активним) інтересом. «Чистого споглядання немає і не може бути, — переконаний Ортега. — Якщо ми поглянемо на весь світ без певного конкретного інтересу, то навряд чи щось доба-чимо» [5, с. 28].

Тож, не варто занадто покладатися на пасивне споглядання; для того щоб бачити, треба діяти — дивитися.

Є) Вульгаризована ідея «універсалізму» знання почасти зумовлена тезами про «єдність» і «тожсамість» реальності й полягає в тому, що істинне знання, нібито, ґрунтується на універсальних критеріях, які можуть і мають застосовуватись до всіх релевантних контекстів. Звідси походить переконання, що істинне знання залишатиметься незмінним (незмінно істинним) навіть у разі зміни контексту [10, с. 58, 330]. Тут бере початок і міф «епістемологічної результативності» бездоганного методу, покликаного за будь-яких обставин забезпечувати «абсолютну» істинність набутого знання.

Це твердження також певною мірою суперечить епістемологічному перспективізму Х. Ортеги-і-Гассета та П. Шлага.

Так, Х. Ортега-і-Гассет уважав очевидним, що в ситуації, коли двоє людей споглядають той самий крайовий образ з різних точок зору, бачать вони не одне й те саме. Відмінне місцепробування призводить до того, що крайовий образ прибирає різної постави в очах кожного з них... То чи варто вважати хибним один із них? Певне, що ні; перший крайовий образ такий же реальний, як і другий. Так само немає сенсу проголошувати ілюзорними обидва крайові образи лиш на тій підставі, що вони не збігаються: на думку Ортеги, ейнштейнова теорія відносності — то прекрасне узаasadнення гармонійної множинності всіх неспівмірних і несумісних точок зору, можливих у наділеному кривизною, а отже, замкненому відносколом і граничному світі. Світ павука відрізняє від світу тигра чи людини. Світ азіата не такий, як світ сократівського грека чи нашого сучасника [5, с. 29–30]. Жодна людська перспектива не дасть відповіді, на що схоже бути кажаном?

П. Шлаг також зазначає, що естетика перспективізму кидає виклик образу права як чомусь об'єктивному, нейтральному й універсальному, оскільки пов'язує його характеристики насамперед із локальною специфікою, позицією й

упередженістю [11, с. 169]. У суперечці про правильність прибічник перспективізму позбавлений критеріїв об'єктивності, і «правильність» зрештою поступається місцем іншим, більш інтересним і продуктивним для нього речам [11, с. 170–172]. Питання про правильність не відкидається, просто в контексті безлічі перспектив воно перестає бути головним, а разом із ним утрачає актуальність і проблема бездоганного методу.

І нарешті, про головне hic et nunc. Розглядаючи естетику як узагальнююче поняття, що має відношення до форм, образів, тропів, перцепції та чуттєвого сприйняття, які беруть участь у оформленні сприйняття, створення й сутності людських устремлінь в царині права, П. Шлаг між іншим трактує право як мінливу царину перспектив і контекстів, «життєвий простір» із численними «сферами цінностей». Усе, що переходить із однієї сфери в іншу (правило, прецедент чи репрезентація обставин справи), змінює свою вагу, форму й напрямок відповідно до системи координат цієї області та обраного чи вимушеного ракурсу [11, с. 112, 145].

Виникнення й розвиток правового перспективізму вчений пов'язує з поширенням фемінізму й критичними расовими теоріями, зокрема, й як визнання та відповідь на виключення з права й правознавства їхніх перспектив. Представники цих підходів наполегливо й послідовно знайомили юридичний загаль із «виключеними перспективами» — поглядами жінок і «кольорових» американців, які суперечили правовій традиції. Адже саме американська правова традиція ототожнювала вимогу об'єктивності, нейтральності й універсальності з відповідністю позиції заможного білого чоловіка, водночас ігноруючи саму можливість існування інших точок зору (наприклад, жінок, чорношкірих). А вони існують, зумовлювані не лише статтю й расою, а й класом, суспільним статусом, віком, освітою, станом здоров'я, рівнем матеріальної забезпеченості, політичними, ідеологічними й релігійними уподобаннями та найрізноманітнішими їх комбінаціями [11, с. 150–151].

Основними рисами, властивими правовому перспективізму, П. Шлаг уважає легітимацію (інколи — вимогу) множинності бачень правової ситуації [11, с. 150–151], можливість «зсуву підвалин/зміни контекстів» її інтерпретацій [11, с. 147–148], децентрування й «плинність» правового суб'єкта [11, с. 148–150], репрезентованість різними сучасними школами правової думки: економічним аналізом права, критичними правовими дослідженнями, аналітичною юриспруденцією, доктриналізмом, феміністичною юриспруденцією, критичною расовою теорією, напрямком «право й література», соціологією права тощо [11, с. 152].

Він зазначає, що ідея, згідно з якою сутність чи значення правового тексту змінюється залежно від функції контексту, є визнанням важливості перспективи вираження права. Взаємодія між текстом і контекстом дозволяє численним можливим перспективам бути використаними з метою впливу на вираження й вирішення правових питань [11, с. 147]. Деякі автори наразі ставлять знак рівності між «перспективізмом» і «контекстуалізмом» (хоча в основі цих підходів, ніде правди діти, дещо відмінні метафори).

У праві й правових дослідженнях гра перспектив як взаємодія між текстом і контекстом може реалізуватись через взаємодію близького й далекого планів, рішення й підстави, об'єкта й структури, образу й основи тощо [11, с. 147]. Видається також, що визначення поняття права в контексті перспективізму

полягає передовсім у зміщенні акценту зі «значення» на «сенса», ситуативний смисл, реалізацію позиційного бачення права. Так, наприклад, право власності на засоби виробництва виглядатиме вельми по-різному, якщо представити його з точки зору власника-роботодавця та робітника; інакшу сутність матимуть надані державою пільги й субсидії з позицій уряду та представників соціально незахищених верств населення [11, с. 147–148].

Але «роботодавець» і «робітник», «урядовець» і «безхатко», «чоловік» і «жінка» — не лише місця, з яких можливе різне бачення, а й різний тип суб'єктів. Усвідомлення цього повертає «перспективізм» обличчям до суб'єкта й проблематизує саме поняття суб'єкта, і без того неоднозначне (див. вище про *пасивно-активного суб'єкта*). З цією зміною ракурсу суб'єкт, який видавався раніше чимось на позір цілісним, автономним і стабільним (одне слово — універсальним), сам остаточно перетворюється на децентровану сутність, залежну від гри перспектив. На суб'єкта без сталого центру в собі й для себе, який до того ж не є центром світу навколо себе [11, с. 148]. Тепер «суб'єкт» утворюється множинністю станів, образів і ролей, і у свою чергу бере участь у формуванні неоднозначного й багатоликого образу права.

«Осмилення, створення права, — пише П. Шлаг, — тепер уключає в себе роботу з децентрованим суб'єктом. Перспективіст приймає як даність те, що уявлення й зобов'язання “інших” так само формують право. В естетиці перспективізму право розглядається як спільний продукт, вироблений багатьма різними діячами (суддею, законодавцем, юристом, бюрократом, громадянином тощо), які у свою чергу розглядають право з точки зору його значення для інших» [11, с. 149]. Шлаг убачає в правовому перспективізмі й інакші позитивні потенції: «Перспективістський підхід дозволяє більшості різноманітних політичних і соціальних явищ бути адекватно «перекладеними» мовою права. Також перспективізм здатний виступати своєрідним верифікатором правових рішень, наділяючи правозастосувачів можливістю поглянути на правову ситуацію з різних точок зору — деякі з них, залежно від контексту, будуть більш проникливими, ніж інші» [11, с. 151–152]. На думку вченого, реальна робота права — в актуалізації різних планів, у змінненні структури, в недопущенні шаблонних підходів; право як «перспективістський проект» являтиме собою політичне й інтелектуальне змагання конкурентних перспектив, можливостей і зобов'язань децентрованих суб'єктів [11, с. 180].

Утім, властиві перспективізму багатоплановість і різноманітність у своїх граничних проявах можуть набувати патологічних форм і породжуватимуть негативні наслідки. «Спроба все побачити чи зрозуміти водночас із усіх точок зору призводитиме до повної втрати розуміння, якщо буде перейдено тонку межу між осмисленим колажем і хаотичним нагромодженням, — застерігає П. Шлаг. — Крім того, намагання передбачити й охопити всі можливі перспективи може провокувати нерішучість та паралізуватиме необхідну активність суб'єкта. Усе зрозуміти — означає все пробачити й залишити як є. Протилежна патологія полягає в перебільшенні значення окремої — власної — перспективи, навіть якщо вона полягає в утвердженні різноманітності й багатоплановості [11, с. 179]. Доведений до межі, такий перспективізм присвячує себе вивченню перспективи, форми й уявлення коштам об'єкта, змісту та референту [11, с. 156].

Притаманні перспективізму недоліки можуть бути почасти нейтралізовані за допомогою відповідних — доволі поширених у науці — технік. Наприклад,

накладання перспектив одна на одну й виявлення часткових збігів, метанаратив, ієрархізація планів, раціоналізація й пояснення розбіжностей *ad hoc* тощо [10, с. 156–157]. Техніки, придатні для зняття напруги від роботи з численними перспективами праворозуміння, зазначені П. Шлагом. Це насамперед фундаменталізм, метастановлення, міністановлення та доместикація. Фундаменталізм полягає у ствердженні переваг єдиної з усіх можливих перспектив і досягається посиленням на остаточність чи виняткову переконливість певних авторитетів, таких як: експертна оцінка (зумовлена навчанням, характером свідчення, походженням); статус (юридичний, науковий); канонічність текстів і постатей (Конституції, судді Голмса); окремі соціальні характеристики (стать, раса, сексуальна орієнтація) тощо. Метастановлення — це ніби погляд згори: спроба узгодити множинність перспектив у всеохопній (зазвичай доволі абстрактній) структурі. Передбачає застосування комплексу засобів, у тому числі й використання перспективи надзвичайно обдарованого дівця (Геркулеса, ідеального спостерігача тощо); універсального засобу (валютних еквівалентів, добробуту, утиліт); вільних від забобонів спеціальних рішень (здорового глузду, тверезого розрахунку, професійних традицій). Натомість міністановлення полягає в пошуку спільного знаменника — цінностей, значущих у контексті всіх або переважної більшості мінливих перспектив. Міністановлення реалізується через накладання різних перспектив однієї на одну та перешкоджання виявленню окремих перспектив у розрахунку на те, що правовий режим забезпечить їх усі (або, принаймні, більшість із них). І нарешті, доместикація вможливорює стабілізацію зумовлених множинністю перспектив невизначеності й напруги в полі альтернативних правових естетик (насамперед, естетик енергії та сітки) за допомогою багатofакторних стандартів, широкоживаної техніки балансування та вибіркового (ситуативним) визнанням пріоритету контексту (й контекстуалізма) [11, с. 154–155]. До речі, можливі закиди вітчизняних юристів щодо їх необізнаності в питаннях перспективістської естетики та сумніви в її актуальності знімаються саме завдяки поширеності-визнанню в юридичній науці «контекстуалізму», який може розглядатись як своєрідний аналог перспективізму. В. Бігун, зокрема, зазначає з цього приводу, що контекстуалізм — поняття в філософії, за яким контекст визнається визначальним для розуміння, з'ясування смислу. Контекстом є відношення, зв'язок, у якому перебувають дії, висловлювання тощо, що дає основу для розуміння; вважається, що смисл є виключно контекстуальним (смысл чогось, а не смысл як такий). Автор вважає право потенційно контекстуальним, а отже, пропонує розглядати його лише в певних ситуаціях (правових ситуаціях), в умовах даних обставин, визначеного контексту [3, с. 17, 54–55].

Власне, тільки ситуація, розглянута під певним кутом зору, організована за законами перспективи й осмислена як значима може набути рис правової ситуації, а відповідне «перспективне» бачення — ознак правової позиції. Видається цілком очевидним, що «правові позиції» — феномен, можливий лише в контексті перспективізму й зумовлений метафорою оптичної перспективи. Вибір альтернативних правових естетик (сітки, енергії) також можливий лиш у контексті естетики перспективізму. Перспективістські проекти Х. Ортеги-і-Гассета й М. Вартофського, критика епістемологічного перспективізму Дж. Ло, як і правовий перспективізм П. Шлага, можливі тільки завдяки усвідомленню виняткової ролі метафори перспективи для пізнання.

Тож, вірогідно, має рацію М. Вартофський, коли стверджує, що така історично молода теорія, як теорія геометричної оптики, або ж таке відносно нове явище, як зображення в малюнку перспективи, вже стали настільки невід'ємною, хоч і не завжди усвідомлюваною складовою нашого візуального розуміння та здорового глузду, що вочевидь упливають на наше сприйняття й розуміння навколишнього світу [6, с. 181], формуючи його образи й сутності. І не в останню чергу — правові. Творячи «красиве право». І некрасиве теж.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Анкерсмит Ф. Р. История и тропология: взлет и падение метафоры : пер. с англ. / Франклин Р. Анкерсмит. — М. : Канон +, 2009. — 400 с.
2. Бадью А. Концепт моделі / Ален Бадью ; пер. з фр. А. Репа. — К. : Ніка-Центр, 2009. — 232 с.
3. Бігун В. С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення / В'ячеслав Бігун. — К. : Реферат, 2011. — 303 с.
4. Бочаров Д. «Візуальна метафора» в юриспруденції: інтерпретація очевидності й очевидність інтерпретації / Дмитро Бочаров // Філософія права і загальна теорія права. — 2014. — № 1–2. — С. 70–83.
5. Бочаров Д. Концепція «перспективізму» Х. Ортеги-і-Гасета та її відлуння в юридичній науці / Дмитро Бочаров // Вісник АМСУ. Серія: «Право». — 2014. — № 2. — С. 24–33.
6. Вартофський М. Модели. Репрезентация и научное понимание : пер. с англ. / Марк Вартофский. — М. : Прогресс, 1988. — 507 с.
7. Європейський словник філософій: Лексикон неперекладностей : пер. з фр. — Т. 3. — К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2013. — 328 с.
8. Кун Т. Структура наукових революцій / Томас Кун ; пер. з англ. О. Васильєва. — К. : PORT-ROYAL, 2001. — 228 с.
9. Лакофф Дж. Метафори, котрими ми живем / Джордж Лакофф, Марк Джонсон ; пер. с англ. А. Баранова і А. Морозовой. — М. : Едиториал УРСС, 2004. — 256 с.
10. Ло Дж. После метода: беспорядок и социальная наука : пер. с англ. / Джон Ло. — М. : Изд-во Ин-та Гайдара, 2015. — 352 с.
11. Шлаг П. Эстетики американского права / Пьер Шлаг ; пер. с англ. Е. Самохиной // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3. — С. 112–180.

Бочаров Д. О. Естетика перспективізму в сучасному правознавстві

Анотація. У статті розглядається роль метафор, і зокрема метафори «перспективи», у сучасному правознавстві. Приймається припущення, відповідно до якого уявлення про право значно визначені естетичними уподобаннями, що формують «образ» права. Метафора «перспективи» як способу пізнання складного об'єкта, у нашому випадку — права, зумовлює наслідки такого бачення-розуміння. «Перспективізм» розглядається як один із основоположних підходів до розуміння права, а естетика перспективізму — як базова естетика, що визначає методологічні основи праворозуміння.

Особливу увагу в статті приділено «перспективістській» естетиці праворозуміння сучасного американського правознавця П'єра Шлага.

Ключові слова: перспектива, перспективізм, епістемологія, правова позиція, точка зору, місце, момент, концепт, П'єр Шлаг.

Бочаров Д. А. Эстетика перспективизма в современном правоведении

Аннотация. В статье рассматривается роль визуальных метафор, и в частности метафоры «перспективы», в современном правоведении. Принимается

допущение, в соответствии с которым представления о праве в значительной мере определены эстетическими предпочтениями, формирующими «образ» права. Метафора «перспективы» как способа познания некоего сложного объекта, в данном случае — права, обуславливает последствия такого видения-понимания. «Перспективизм» рассматривается как один из основополагающих подходов к пониманию права, а эстетика перспективизма — как базовая эстетика, определяющая методологические основы правопонимания.

Особое внимание в статье уделено «перспективистской» эстетике правопонимания современного американского правоведа Пьера Шлага.

Ключевые слова: перспектива, перспективизм, эпистемология, правовая позиция, точка зрения, место, время, концепт, Пьер Шлаг.

Bocharov D. Aesthetics of Perspectivism in Contemporary Legal Science

Summary. The role of visual metaphors, in particular, the metaphor of «perspective» in contemporary legal science is considered in the article. An assumption, according to which the visions of law are to a great extent defined by aesthetical preferences making the «image» of law, is accepted. The metaphor of «perspective» as a way of learning of a complicated object, in this case — of the law, determines the consequences of such a vision-understanding. «Perspectivism» is considered as one of the fundamental approaches to understand the law, while aesthetics of perspectivism — as a basic aesthetics that defines the methodological basis for understanding the law. Special attention is paid to the «perspectivists» aesthetics of understanding the law by modern US legal scholar Pierre Schlag.

Key words: perspective, perspectivism, epistemology, legal position, point of view, place, time, concept, Pierre Schlag.

МІСТО І ПРАВО: ЗА РОМАНОМ М. О. БУЛГАКОВА «БІЛА ГВАРДІЯ»

Ю. ХИЖНЯК
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*



Для сучасної урбаністики все більш характерним стає розвиток уявлень про місто як про місце, що може бути охарактеризоване не тільки як реальний (матеріальний, об'єктивно існуючий) феномен, але і як те, що сприймається (існує у свідомості людей) і відображене у категорії «образ міста». Дійсно, місто, з одного боку, є реальним просторово-фізичним об'єктом, але в той же час і феноменом духовної культури, який існує у свідомості його жителів та гостей як «образ місця». Образ міста не є чіткою когнітивною схемою, а представлений ментальними структурами, одночасно мисленнєвими, сенсорними та поведінковими, які слабо рефлексуються [1, с. 101].

Часто образне сприйняття міста можна зустріти у художніх творах. Коли людина наділена творчою уявою, художнім талантом, її взаємодія із містом має особливий характер: образ міста проникає безпосередньо в її творчість. Направду, багато письменників описували у творах конкретні, часто рідні, міста [2, с. 73].

У творчості М. Булгакова міська тематика займає одне з центральних місць. Як справедливо зауважує М. Петровський, «Булгаков з незламною постійністю, загадковою завзятістю переносить дію своїх творів у середовище цілком певного типу — в місто» [3, с. 353]. У «Майстрі і Маргариті» — це Єршалаїм початку нашої ери і Москва на межі 20-х і 30-х рр. ХХ ст., у п'єсі «Біг» — Стамбул, а у «Житті пана де Мольєра» — Париж. Необхідно зазначити, що тема цих міст у різних творах письменника в загальній канві оповіді виявляється з неоднаковою мірою інтенсивності. Проте з упевненістю можна сказати, що найбільш рельєфно образ міста вимальовано М. Булгаковим у його першому романі «Біла гвардія». Хоча місто Київ у романі не названо на ім'я, а фігурує лише як «місто», його топографію подано досить виразно, а автобіографічні персонажі — сім'я Турбіних — представлено цілком прозоро. Разом із тим місто в романі — це не зовсім Київ, а сім'я Турбіних — це не зовсім сім'я Булгакових. Автор свідомо прагнув до широких художніх узагальнень, і місто у нього — це втілення усіх великих міст колишньої Російської імперії, які опинилися у революційному

вирі, де Турбіни — це звичайна інтелігентна сім'я, яка переживає трагедію революції [4, с. 10–11].

Місто в «Білій гвардії» — це не тло подій, воно є головною дійовою особою твору, воно є у значному сенсі персоніфікованим, суб'єктивним у правовому сенсі. На основі метафоричного перенесення місто перетворюється у свідомості людини на організм, який живе власним життям. Його жителі мають певні манери, характер, менталітет, ходу, їх не переплутати з жителями інших міст. Городяни, з одного боку, створюють настрій і культуру міста, а з другого — є носіями міської культури, традицій, історії [5, с. 78].

Ключову ідею, від якої необхідно відштовхуватися при характеристиці правового образу міста у «Білій гвардії», висказано самим М. Булгаковим у тексті роману: «взимку 1918 року Місто жило *дивним, неприродним* життям» [6, с. 67]. З правової точки зору у такій констатації автора можна побачити два моменти.

Стан рідного міста Турбіних суперечить самій ідеї міста взагалі як території, на якій постійно підтримуються мир та порядок. У цьому контексті потрібно згадати, яким є образ міста у правовій площині. Інакше кажучи, які цінності одвічно уособлювало, несло в собі місто як певний символ саме для правової сфери.

Середньовічне європейське місто насамперед виступало як особливий, штучно створений і виділений простір, де зберігається постійний *мир*. Ідея миру як найвищої цінності набула свого подальшого розвитку в ідеї кордону, межі, де починається правовий порядок, а життя людей опиняється правовим чином структурованим. Суспільство тут вирішує завдання забезпечення мирного життя шляхом огороження від зовнішнього агресивного середовища [7, с. 37]. Місто протистоїть відкритому місцю, тобто безмежному та неструктурованому природному простору. Місто потрібне людині, щоб подолати страх перед хаосом, порожнечою, небуттям [8, с. 182].

У той же час уперше саме міський простір змусив представників різних родів співіснувати один з одним. Якщо в архаїчному суспільстві кочового або мисливського типу людина спілкувалася із собі подібними — тобто із кровними родичами — то за стінами міста доводиться знаходити спільну мову з тими, хто є природно чужим. Так, місто виховує терпіння, але одночасно створює нове (хай і потенційне) поле для конфліктів, агресивний простір [9, с. 84]. Нерівномірність життя городян є джерелом бунтів, соціальних конфліктів, вбивств та насилля. І на цьому тлі тільки право дозволяє утримати місто від саморуйнації. Відсутність закону приводить до хаосу [10, с. 164]. На наш погляд, це і є той другий момент, який читається у наведеній фразі М. Булгакова. Адже саме право в уявленні суб'єкта права є мінімальною, елементарною умовою реалізації його життєвих цілей, нормального існування, тим, що за жодних обставин не повинно бути зруйнованим дощенту. Без права місто не може жити природним, нормальним життям, бо саме право сприяє успішному руху на шляху до досягнення мети, є умовою збереження гідності, самореалізації та задоволеності своїм життям кожного городянина [11, с. 25].

Не випадково, саме «Біла гвардія» з-поміж інших творів письменника найбільш очевидно пов'язана з правом. Ідеї про право можуть бути виокремлені із загального змісту роману не тільки читачем, який має юридичну освіту, а й легко можуть бути помічені «неозброєним оком», адже висловлюються безпо-

середньо героями твору, які розмірковують про справедливість, права людини та мир.

Правовий образ міста у «Білій гвардії» набуває свого розвитку через події, пов'язані з правом, через городян, які по-різному себе проявляють у правових ситуаціях, та через загальну атмосферу у місті, яка свідчить про функціонування правової системи. Скласти уявлення про правовий образ міста допомагають ключові моменти роману, пов'язані з правом. Побудовування цього образу викликає певні труднощі, адже, як уже було зазначено, образ міста існує не у вигляді чіткої когнітивної схеми, він постає, у даному випадку — перед читачем роману, як дещо невловиме, те, що можна відчутти, але не описати за допомогою структури. Тому виділення цих ключових моментів або штрихів правового образу міста так само умовне, як і суб'єктивне.

Штрих *перший* можна позначити як «Місто та периферія». Уявлення про місто як про обмежений простір із постійно підтримуваним порядком і неприпустимістю вторгнення «сторонніх» звідкись ззовні, звідти, де панує хаос, у романі показано через колізію «місто-село». Колізія «місто-село» визначає ледве не всі основні конфлікти та сенси «Білої гвардії», де безперервні навали чужих, зовнішніх сил на місто виглядають — з позиції автора-городянина — як вторгнення варварів-іноземців, акультурних сил [3, с. 27].

На підтвердження зазначеного вище читаємо у романі: «Річ у тім, що Місто — Містом, у ньому і поліція — Варта, і міністерство, і навіть військо, і газети різних найменувань, а от що коїться навколо, у тій справжній Україні, яка за розміром більше Франції, у якій десятки мільйонів людей, — цього не знав ніхто. Не знали, нічого не знали, не тільки про місця віддалені, але навіть — смішно сказати — про села, розташовані у п'ятидесяти верстах від самого Міста. Не знали, але ненавиділи усією душею» [6, с. 72]. Герої роману недвозначно висловлюють своє ставлення до людей на периферії:

«І коли доходили тривожні звістки з таємничих країв, які мають назву — село, про те, що німці грабують мужиків та безжально карають їх, розстрілюючи з кулеметів, не тільки жодного голосу обурення не пролунало на захист українських мужиків, але не раз, під шовковими абажурами у вітальнях, шкірилися по-вовчому зуби та чутно було бурмотіння:

— Так їм і треба! Так і треба; мало ще! Я б їх ще не так. От будуть вони пам'ятати революцію. Навчать їх німці — своїх не хотіли, спробують чужих!».

На що Олексій Турбін, один із героїв роману, відповідав: «Ох, як нерозумно Ви говорите, ох, як нерозумно» [6, с. 72–73]. М. Булгаков показує, що відсутність цікавості до того, що відбувається за межею власного щасливого існування, небажання зрозуміти мотиви та причини вчинків інших людей, а звідси — ненависть до чужого і невідомого, у підсумку призводять до руйнівної війни.

Через декілька сторінок М. Булгаков змальовує почуття другої сторони цього протистояння — самих селян, у тому числі ненависть селян до діючої влади: «Тільки у листопаді вісімнадцятого року, коли під Містом загуділи гармати, здогадалися розумні люди, а в тому числі й Василіса, що ненавиділи мужики цього самого пана гетьмана, як скажену собаку, — і мужицькі думки про те, що ніякої цієї панської паскудної реформи не потрібно, а потрібна та одвічна, сподівана мужицька реформа:

— Вся земля мужикам.

— Кожному по сто десятин.

— Щоб ніяких поміщиків і духу не було.

— І щоб на кожні ці сто десятин надійний гербовий папірець з печаткою — у володіння вічне, спадкове, від діда до батька, від батька й до сина, від онука і так далі» [6, с. 79].

У той час, що змальовано у романі, ситуація у селі, й без того складна, ускладнювалася тим, що про події у центрі точної інформації не було, про те, що відбувалося, дізнавалися з чуток та відгуків. Всі влади зверталися до народу. Селянська правосвідомість не встигала фіксувати калейдоскоп гаслів, декларацій, вимог та погроз. Селянам багато що було незрозуміло, їхня свідомість сприймала це як семантичний шум [12, с. 19]. Декларації залишалися ілюзіями, а мобілізації й реквізиції ставали реальністю, на що вказує й булгаковський текст: «Селяни ненавидять Петлюру за реквізиції. Мобілізація, оголошена ним у селах, не має ніякого успіху» [6, с. 99].

Як зауважує дослідник селянської правосвідомості цього періоду О. Атоян, на селянську правосвідомість вплив чинило не тільки (й не стільки) законодавство (закони нестійких влад нерідко суперечили не тільки один одному, а й самі собі, багато з них були невідомими для населення), а й реальні дії влади: проголошення держави (національної, радянської і т. д.), а потім швидкий «само-розпуск» урядів і втеча у черговий «центр революції»; декларація «захисту прав народу» при фактичному відчуженні селян (від землі й власності) і закріпленні позицій великих власників або держави; маніфестація національних ідей й одночасне звернення по допомогу до іноземних армій. Отримуючи взаємовключаючі поштовхи, правосвідомість селян гойдалася з одного боку в інший, а емоційна сила колективного невдоволення перманентно зростала [12, с. 21].

М. Булгаков, зображуючи протистояння між селянами та городянами, підтверджує ідею того, що правовий образ міста не може ефективно формуватися без урахування особливостей правосвідомості, правової культури людей, які живуть на периферії. Місто як центр має політичне, економічне та правове значення, але не менш важливу роль відіграє і периферія, яка урівноважує центр, не дозволяє йому відірватися від потреб звичайних людей. По-суті, без периферії центр є неможливим [7, с. 137].

Другий штрих «Правосвідомість городян». Правовий образ міста багато в чому визначається правовою свідомістю його жителів, їхнім ставленням до права, їхнім сприйняттям правових подій. Будь-яка правова ситуація, випадок, пов'язані з містом, мають свій семантичний характер і відбиваються у свідомості городян, постійно інтерпретуються та переосмислюються [7, с. 39].

Булгаков описує на сторінках роману зростаючу кількість злочинів у місті, що викликано загальним безладом, відсутністю будь-яких діючих правових норм та впевненістю злочинців у безкарності своїх дій. В атмосфері тотального страху та міжусобної війни, коли кожен перехожий ввижається ворогом, а представники влади за поведінкою іноді нічим не відрізняються від злочинців, маргінальні верстви суспільства отримують можливість діяти непомітно та безкарно. У той же час звичайна людина у такій обстановці втрачає впевненість у своїх моральних та правових принципах, у правильності своїх дій і не здатна протистояти правопорушенням, які проти неї вчиняються. Це пов'язано з тим, що під час революцій та війн поняття «норма» і «аномалія» розмиваються.

Зміни правосвідомості громадян можна побачити в їхніх конкретних вчинках у рамках правових ситуацій. Неодмінно треба почати з випадку пограбуван-

ня одного з героїв роману — Василя Івановича Лісовича. Коли йому пред'явили «зіжмаканий папірець» про проведення обшуку, де було вказано, що спротив карається розстрілом, у господаря квартири та його дружини не було жодної можливості заявляти про незаконність проведення такого обшуку. Василь Іванович спочатку намагався апелювати до закону: «Декрета, панове, помилуйте, ніякого ж не було» [6, с. 225], але озброєні молоді люди, які нібито прийшли за дорученням штабу першого січового куреня, забрали не тільки гроші, але й одяг господарів. До того ж, зажадали від Василя Івановича написання розписки про добровільну передачу всього викраденого.

За деякими особливостями поведінки «представників влади» Василь Іванович і Ванда (його дружина) зрозуміли, що це звичайні бандити. Безумовно, після того, як грабіжники пішли, першим засобом захисту своїх прав вони обрали звернення із заявою про скоєний злочин до органів, які уповноважені розглядати такі справи. Однак після роздумів вирішили утриматися від цього, адже у випадку подання заяви про вкрадені царські гроші, ті ж уповноважені органи могли прийти вже зі справжнім обшуком. Таким чином, просити захисту було ні в кого.

Після такого випадку Василь Іванович говорить про стан правової системи: «Що ж це таке коїться... Ми втратили за якихось два роки будь-яку підпору в законі, мінімальний захист наших прав людини і громадянина. <...> А тут, який же “твій дім — твоя фортеця”, коли ви не гарантовані у власній вашій квартирі за сімома замками від того, що зграя, як-от та, що була у мене сьогодні, не позбавить вас не тільки майна, але, чого доброго, й життя?!» [6, с. 234–235].

Тут важливо підкреслити, що з самого початку потерпілі прийняли бандитів за представників влади, і як представникам офіційної влади вони були готові їм віддати і гроші, і все інше, якби тільки був «декрет». Незважаючи на стан війни та революційні події у місті, правосвідомість городян як би «за інерцією» продовжує сприймати закон як те, чого необхідно дотримуватися, навіть якщо він не є правовим, не виражає справедливості й порушує права людини. Якщо неправо, злочин втілено у певному декреті, то й змиритися із ним легше.

Із цим же моментом за змістом пов'язаний ще один пасаж роману про обрання гетьмана: «Громадянам же, а особливо тим, що осіли в місті та вже відчули перші вибухи міжусобної брані, було не тільки не до гумору, а й взагалі не до якихось роздумів. Обрання відбулося з приголомшливою швидкістю — і слава богу. Гетьман воцарився — і чудово. Тільки б було на ринках м'ясо та хліб, а на вулицях не було стрілянини» [6, с. 72].

Цей уривок показує, що дієвість закону може становити загрозу для розуму й справедливості у праві. Ціна анархії або громадянської війни є настільки високою, що майже будь-який стабільний режим є кращим за громадські безлади. Ураховуючи величезну ціну відсутності встановленого права, існуючі правові системи заслуговують на певну лояльність в інтересах стабільності, якими б несправедливими вони насправді не були. Це проковує складне питання про те, до якої міри потрібно терпіти деспотизм і несправедливість в інтересах миру та утвердження дієвості права, навіть якщо воно є несправедливим [13, с. 223].

У романі можна побачити і те, як змінюється ціннісний компонент правосвідомості городян. Глобальні соціально-політичні зміни, викликані революцією, декваліфікація населення призвели до ситуації порожнечі, незаповненості теперішнього та нечіткого усвідомлення перспектив майбутнього, до краху

сфери автономного соціального та особистісного цілепокладання [11, с. 130]. Це добре видно з міркувань В. Лісовича, які він презентує на суд читача після пограбування свого будинку: «І повірте, я ніколи не стояв на сторожі старого режиму, навпаки, зізнаюся вам по секрету, я кадет, але тепер, коли я на власні очі побачив, у що це все виливається, присягаюся вам, у мене з'являється зловісна впевненість, що врятувати нас може тільки одне... Самодержавство. Так-с... Найлютіша диктатура, яку можна тільки собі уявити... Самодержавство...» [6, с. 235].

За таких обставин особиста правова свобода і пов'язані з її реалізацією рівність та справедливість були недоречними, далекими від реальності ідеями. Якщо час сприймається як те, що безперервно прямує з минулого в майбутнє, а теперішнє позбавлене високого ціннісного статусу, ситуація застрявання у теперішньому обертається бажанням будь-що позбутися від невизначеності майбутнього [11, с. 130]. Саме тому свобода в таких умовах почала сприйматися як синонім покинутості та фактично набула статусу антицінності. Суспільна свідомість тяжіла до виправдання й визнання практики соціально-політичної опіки: «змішування покинутості та свободи, втечі від покинутості та втечі від свободи нерідко обертається страхом перед свободою, служить для теоретичного та морального виправдання тоталітаризму» [14, с. 56].

Багато епізодів роману пов'язано зі ставленням до можливості вбивати та бути вбитим. Герой роману Олексій Турбін не може забути того, як вбив чи поранив людину, рятуючись від гонитви. Навіть ціна власного життя не дозволяє йому до кінця виправдати свого вчинку: «Я вбивця. Ні, я застрелив у бою. Або підстрелив...» [6, с. 269].

У революційний час, під час війн відбувається порушення табу та головною з них — на вбивство, універсальної соціальної норми, яка лежить в основі цивілізації й закріплена у глибинах правосвідомості. Суспільство карає вбивць. На війні держава вимагає прямо протилежного. Це призводить до незворотних змін правосвідомості людини, яка бачить на власні очі вбивство або сама змушена йти на вбивство заради збереження власного життя або життя своїх близьких.

Штрих *третьї* «Невтручання, що сприяє правопорушенню». Персонажі Василій та Ванда Лісовичі — сусіди сім'ї Турбінних — це категорія жителів міста, яку можна віднести до найбільш численної групи городян за критерієм того, що вони у складній ситуації невизначеності, калейдоскопу незрозумілих суспільно-політичних подій, що відбуваються у місті, обрали позицію відсторонених спостерігачів. Така їхня ідеологія може бути показана декількома прикладами з книги. За першого ж знайомства з персонажем Василя Івановича М. Булгаков підкреслює його небажання бути на стороні якої-небудь влади, яка з неймовірною швидкістю змінювалася у місті: «[...] домовласник з січня 1918 року, коли у місті почалися вже зовсім виразно чудеса, змінив свій чіткий почерк і замість виразного «В. Лісович», з остраху перед будь-якою майбутньою відповідальністю, почав в анкетах, довідках, посвідченнях, ордерах та картках писати «Вас. Ліс.» [6, с. 49].

Ставлення М. Булгакова до такої категорії людей є очевидним — він їх засуджує, навіть своєрідним чином карає їх в одному з епізодів роману. Позицію невтручання у те, що коїться, якщо тільки це не стосується тебе, втілює такий діалог подружньої пари Лісовичів відносно своїх сусідів Турбінних:

« — <...>, а от мені цікаво знати, якщо, не дай боже, до нас прийдуть і запитують тебе, як голову будинкового комітету, а хто у вас нагорі? Чи були вони у гетьмана? Що ти будеш говорити?

Василіса насупився й подивився скоса:

— Можна буде сказати, що він лікар... Врешті-решт, звідки я знаю? Звідки?» [6, с. 221].

Одразу ж після цих слів настає ніби «відплата» за таку потенційну можливість ненадання допомоги, підтримки та захисту людям, які знаходяться поруч із тобою: до них самих приходять з обшуком. У цій ситуації миттєво виявляється недосконалість позиції невтручання, оскільки вона неминуче призводить до самотності, самоізоляції, коли неможливо сподіватися на допомогу іншого. Адже першою чергою після дзвінка у двері Василь Іванович пропонує викликати сусідів — Турбіних — щоб просити їхньої допомоги й захисту.

Цей епізод викликає у пам'яті вірш М. Німьоллера, аналіз якого у правовій площині здійснив Б. Мелкевік. Є декілька версій цього вірша: в одних — прямо фігурує слово «нацисти», в інших — просто займенник «вони»:

Спочатку вони прийшли за комуністами,

Я нічого не сказав. Я не був комуністом.

Потім вони прийшли за євреями.

Я нічого не сказав. Я не був євреєм.

Потім вони прийшли за католиками.

Я нічого не сказав. Я був протестантом.

Потім вони прийшли за мною,

І в той момент вже не було нікого,

Хто міг би щось сказати на мій захист [15, с. 438].

Такої ж лінії виправдання для самих себе могли б притримуватися й Лісовичі: якби прийшли за Турбіними — представниками білої гвардії — можна було б просто промовчати або сказати, що нічого не знаєш, зайняти позицію мовчання або байдужості. Вірш М. Німьоллера виявляється безцінним, оскільки він викриває двозначність і невід'ємну небезпеку відчуття зручності ніби «нейтрального» й такого, що не цікавиться тим, що відбувається, глядача. В умовах нетерпимості логіка стороннього спостереження може поступитися страху, малодушності або фатальній самотності [15, с. 432].

Б. Мелкевік підкреслює, що ці «вони», які фігурують у вірші, можуть у будь-який час означати будь-яку силу гноблення й дискримінації. «Вони» завжди вбивають, влаштовують різанину, гвалтують, завдають каліцтва, вчиняють дискримінацію і т. д. «Вони» завжди розраховують на мовчання інших, на наш не-героїзм [15, с. 438]. Слова Б. Мелкевіка є актуальними для багатьох епізодів роману «Біла гвардія». Є герої роману, які не залишилися осторонь, простягли руку допомоги у ситуації, коли можна було просто залишитися в позиції спостерігача: лікар, який приходить у сім'ю Турбіних допомагати пораненому помираючому Олексію, незважаючи на небезпеку таких «прогулянок» вечірнім містом, Юлія — жінка, яка врятувала Олексія від смерті, заховавши його у своїй домівці.

З другого боку, виходячи зі змісту роману, позицію автора (можливо — самого Булгакова) відносно подій, що відбуваються у місті, можна також охарактеризувати як позицію «глядача», який не хоче бути на чиємусь боці, який не бажає робити вибір. Таку позицію можна проілюструвати ключовою мета-

форою, яка структурує художній світ роману, — «Становище у державі — це оперетка».

За допомогою цієї метафори зрівнюються ворогуючі сторони — «гетьманська країна», яка характеризується як «дурна та банальна оперетка», виявляється не кращою й не гіршою, ніж «кривава московська оперетка». М. Булгаков у романі долає ситуацію вибору, яку в реальності подолати було майже неможливо. Автор виявляє себе не як прибічник або супротивник однієї зі сторін, а як глядач своєрідної опереткової вистави, який займає нейтральну позицію стосовно того, що відбувається. Достеменно суть подій історії М. Булгаков розкриває за допомогою розгорнутих когнітивних метафор, які відображають амбівалентність його позиції: з одного боку, це явно іронічний погляд на події, він пов'язаний з ігровим, театральним, бутафорським принципом, а з другого боку — драматичне світовідчуття й розуміння того, що оперетка, гра, театр є не чим іншим, як кривавим, жорстоким дійством, яке оплачене ціною багатьох людських життів [16, с. 9 — 10] («вийшла й справді оперетка, але не проста, а з великим кровопролиттям» [6, с. 44]).

На наш погляд, «Біла гвардія» насамперед несе в собі ідею ненасильства та безглуздості війни, у якій права людини, в ім'я яких ця війна ніби й ведеться, виявляються втоптаними в багнюку: «Дорогами пішов привид — такий собі старець Дегтяренко, повний запашним самогоном і словами страшними, що аж каркають, але складаються в його темних вустах у щось, що надзвичайно нагадує декларацію прав людини і громадянина. Опісля цей же Дегтяренко-пророк лежав і голосив, і шмагали його шомполами люди з червоними бантами на грудях» [6, с. 87].

Письменник постійно підкреслює ідею цінності людського життя і неприпустимості війни як способу вирішення конфліктів:

«А навіщо воно було? Ніхто не скаже. Чи заплатить хто-небудь за кров?

Ні. Ніхто.

<...> Дешева кров на червоних ланах, і ніхто викупати її не буде.

Ніхто» [6, с. 278].

Ідея миру, яка проходить червоною ниткою через увесь роман, є найбільш актуалізованою у зображенні самого міста в «Білій гвардії» як місця, яке уособлює собою порядок. У цьому контексті особливо пригадуються ті епізоди, де письменник змальовує минуле: мирне життя та затишок батьківської оселі, що контрастують з жорстоким революційним сьогоденням. М. Булгаков показує, як місто може втратити свою суть у військових конфліктах, революціях, коли руйнується основа впорядкованого існування — право. Як видно з деяких епізодів роману, наявність правових норм, які діють і дозволяють передбачати наслідки власної поведінки і реакцію на неї держави, інколи є набагато важливішою для пересічної людини, ніж той зміст, який вкладений у ці правові норми. Право виступає тим мінімумом нормального існування кожного жителя міста і тим, до чого в першу чергу апелює кожен у разі правопорушень. Право закріплює та охороняє найважливіші цінності — насамперед цінність людського життя. Але в той же час право в ситуаціях конфліктів — революцій, війн — ставить перед людиною необхідність вибору, необхідність прийняття рішення на користь справедливості, яка є основою права, іманентно властивою йому правовою цінністю. Місто у «Білій гвардії», місто, охоплене війною, — це простір, де кожен городянин робить вибір у бік права чи неправу, вибір, який інколи коштує власного життя.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Пирогов С. В.* Феноменологическая социология и урбанистика / С. В. Пирогов // Вестн. Том. гос. ун-та. Социология. — 2004. — № 282. — С. 97–103.
2. *Замятина Н. Ю.* Гений места и город: варианты взаимодействия / Н. Ю. Замятина, Д. Н. Замятин // Вестн. Евразии. Культура. Культурология. — 2007. — № 1. — С. 62–87.
3. *Петровский М.* Мастер и Город: Киевские контексты Михаила Булгакова / М. Петровский. — 2-е изд., испр. и доп. — СПб.: Изд-во Ивана Лимбаха, 2008. — 464 с.
4. *Соколов Б.* Расшифрованная «Белая гвардия». Тайны Булгакова / Б. Соколов. — М.: Яуза : Эксмо, 2010. — 320 с.
5. *Кадырова Н. С.* Семантическое ядро концепта «Город» в романе М. А. Булгакова «Белая гвардия» / Н. С. Кадырова // Вестн. Челяб. гос. ун-та. Филология. Искусствоведение. — 2012. — № 6. — С. 77–79.
6. *Булгаков М. А.* Избранные произведения : в 2 т. / М. А. Булгаков ; сост., предисл., коммент. Л. М. Яновской. — К.: Дніпро, 1989. — Т. 1. — 766 с.
7. *Мельничук О. С.* Миська правова система: поняття та структура : монографія / О. С. Мельничук. — О.: Фенікс, 2014. — 292 с.
8. *Туркина В. Г.* Город в постнеклассической парадигме / В. Г. Туркина // «Общество. Среда. Развитие» («TERRA HUMANA»). — 2008. — № 8. — С. 179–187.
9. *Савенкова Е. В.* Город: история отчуждения / Е. В. Савенкова // Вестн. Самар. гуманит. акад. Серия «Философия. Филология». — 2007. — № 1. — С. 82–92.
10. *Алебастрова А. А.* «Другой» в жизненном пространстве города / А. А. Алебастрова // Вестн. Том. гос. ун-та. Философия. Социология. Политология. — 2013. — № 2. — С. 162–167.
11. *Смазнова О. Ф.* Право и время / О. Ф. Смазнова. — В. Новгород : НовГУ имени Ярослава Мудрого, 2004. — 168 с.
12. *Атоян О. М.* Селянська правосвідомість в історико-правовій реальності 1917 – 1921 років (на прикладі повстанського руху на чолі з Нестором Махном) : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. д-ра юрид. наук : спец. : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права ; історія вчень про державу та право» / О. М. Атоян. — К., 2008. — 40 с.
13. *Селлерз М.* Право, розум та емоції / М. Селлерз // Філософія права і загальна теорія права. — 2014. — № 1–2. — С. 209–228.
14. *Левин Г. Д.* Свобода и покинутость. Методологический анализ / Г. Д. Левин // Вопросы философии. — 1997. — № 1. — С. 56–68.
15. *Мелкевік Б.* Поезія як стійкість: викриття тиші й байдужості (толерантність до несправедливості як загроза демократії і правам людини) / Б. Мелкевік // Філософія права і загальна теорія права. — 2014. — № 1–2. — С. 429–441.
16. *Головенкина Н. В.* Метафорическое моделирование действительности в художественной картине мира М. А. Булгакова : автореф. дис. на соискание учен. степ. канд. филолог. наук : спец. : 10.02.01 «Русский язык» / Н. В. Головенкина. — Екатеринбург, 2007. — 22 с.
17. *Сарнов Б.* Сталин и писатели : книга вторая / Б. Сарнов. — М.: Эксмо, 2009. — 832 с.

Хижняк Ю. В. Місто і право: за романом М. О. Булгакова «Біла гвардія»

Анотація. Автором за допомогою тексту роману М. Булгакова «Біла гвардія» показано, що символізує місто у правовій сфері. Проаналізовано ключові моменти «Білої гвардії», що пов'язані з правовою характеристикою міста. Один із важ-

ливих пунктів такої характеристики — це правова свідомість городян, яка виявляється у правових ситуаціях. Нерозривний зв'язок міста та периферії виявляється у неможливості побудувати правовий образ міста без урахування особливостей правової культури селян. Ще один момент — небезпечність позиції невтручання для ефективного функціонування права, що неодноразово демонструє М. Булгаков у романі.

Розглянуто епізоди роману, які ілюструють значення права для нормального функціонування міста як споконвічного втілення ідеї миру та впорядкованості життя.

Ключові слова: право і література, місто, право, правовий образ міста, правосвідомість.

Хижняк Ю. В. Город и право: по роману М. А. Булгакова «Белая гвардия»

Аннотація. Автор с помощью текста романа М. Булгакова «Белая гвардия» демонстрирует, что символизирует город в правовой сфере. Проанализированы ключевые моменты «Белой гвардии», связанные с правовой характеристикой города. Один из важных пунктов такой характеристики — это правовое сознание горожан, которое проявляется в правовых ситуациях. Неразрывная связь города и периферии обнаруживается в невозможности выстроить правовой образ города без учета особенностей правовой культуры крестьян. Еще один момент — опасность позиции невмешательства для эффективного функционирования права, что неоднократно демонстрирует М. Булгаков в романе.

Рассмотрены эпизоды романа, которые иллюстрируют значение права для нормального функционирования города как исконного воплощения идеи мира и упорядоченности жизни.

Ключевые слова: право и литература, город, право, правовой образ города, правосознание.

Khyzhniak Y. City and Law: following Bulgakov's Novel «The White Guard»

Summary. Following the novel of M. Bulgakov «The White Guard» the author shows symbolism of the city in the legal sphere. The key aspects of this novel which concern the legal description of the city are analyzed. One of the most important points of such legal description is the legal consciousness of city-dwellers, which appears in legal situations. The indissoluble connection between a city and a periphery comes to light through the impossibility to build legal image of the city without taking into account the peculiarities of the legal culture of the peasants. The one more aspect is a danger for the effective functioning of the law of non-interference, and that was repeatedly demonstrated by Bulgakov in the novel.

The parts of the novel, which illustrate the importance of the law for the normal functioning of the city as a native embodiment of peace and life orderliness, are reviewed.

Key words: law and literature, city, law, legal image of the city, legal consciousness.

*ФІЛОСОФСЬКІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ
ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК
І ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ*

**МЕЖІ ІНСТИТУЦІЙНОЇ АВТОНОМІЇ
ТА АКАДЕМІЧНОЇ СВОБОДИ
У СФЕРІ ВИЩОЇ ОСВІТИ**

Н. ДАВИДОВА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри приватноправових дисциплін
(Університет сучасних знань)*



Ідея автономізації правового статусу вищого навчального закладу (надалі — ВНЗ) та ідея академічної свободи учасників освітнього процесу червоною ниткою проходять крізь весь Закон України «Про вищу освіту» від 1 липня 2014 р. *Принцип автономії ВНЗ*, що згадується в преамбулі Закону, означає самостійність, незалежність і відповідальність ВНЗ у прийнятті рішень щодо розвитку академічних свобод, організації освітнього процесу, наукових досліджень, внутрішнього управління, економічної та іншої діяльності, самостійного добору і розстановки кадрів у межах, встановлених цим Законом. *Академічна свобода* відповідно до ст. 1 означає самостійність і незалежність учасників освітнього процесу під час провадження педагогічної, науково-педагогічної, наукової та/або інноваційної діяльності, що здійснюється на принципах свободи слова і творчості, поширення знань та інформації, проведення наукових досліджень і використання їх результатів та реалізується з урахуванням обмежень, встановлених законом. Прайвесі, автономія та свобода, що мають безпосереднє відношення до формування держави та ліберальних принципів справедливості, не є безмежними. Автономія є однією з найбільш важливих преваг та виправдувальних причин верховенства права [1, р. 9].

Аналізу правових аспектів автономії ВНЗ та академічної свободи викладача присвятили свої роботи такі вчені, як Е. Барендт, Д. Герцюк, В. Каплін, Б. Лі, Н. Маслова, С. Посканзер та ін.

Метою цієї статті є аналіз приватноправових меж права на свободу та автономію у сфері вищої освіти, які можна окреслити за допомогою прикладів конфронтації права на інституційну автономію ВНЗ та права на академічну свободу викладача, а також конфлікту між академічною свободою різних учасників освітнього процесу.

1. *Конфлікт між інституційною автономією та академічною свободою.* Ідея автономії має подвійне значення — це не тільки ідея персональної (індивідуальної) автономії, а також право колективної автономії, зокрема, соціальної групи, нації, сім'ї, асоціації, об'єднання, церкви, регіону на визначення правил поведінки та право на вибір дії в межах дозволеного. Автономія, на думку Дж. Сікмана, означає саморегулювання, тобто визначення вагомості та дійсності норм, якими керується суб'єкт при прийнятті рішення [2, р. 1]. Колективна автономія є певним механізмом реалізації автономії індивідуальної, так само університетська автономія — це інституційна форма академічної свободи, яка є необхідною передумовою для того, щоб ВНЗ ефективно виконував належні йому функції без надмірного тиску держави і комерціалізації.

Інституційна автономія та академічна свобода є взаємозалежними, але не тотожними поняттями. Іноді ці поняття не розмежовуються, а розглядаються як два підходи до визначення обсягу і змісту академічної свободи. Перший підхід полягає у тому, що академічна свобода розглядається як *індивідуальне право*, що поєднує декілька проявів свободи самовираження, котрі мають члени академічної спільноти (співробітники і студенти), наприклад, свободу думки, свободу асоціацій. Інший підхід полягає у розгляді академічної свободи як певного *колективного права*, тобто як інституційного права автономії для вузу в цілому або його структурних підрозділів (факультетів, науково-дослідних лабораторій, кафедр тощо). Академічну свободу слід розуміти як складну систему взаємовідносин між окремими науковцями, викладачами, студентами, академічними підрозділами (факультетами, кафедрами, науково-дослідними лабораторіями) та органами публічної влади і громадськими формуваннями) [3, с. 651]. Ми не можемо погодитись з тим, що інституційна автономія та академічна свобода є «двома підходами до визначення обсягу і змісту академічної свободи», оскільки різні суб'єкти є носіями кожного з наведених прав. Носієм права на академічну свободу є фізична особа, яка працює на науково-педагогічній посаді, а суб'єктом права на інституційну автономію є ВНЗ як юридична особа. На жаль, часто інтереси вказаних суб'єктів знаходяться в конфлікті. З одного боку, кожен викладач є членом єдиної команди, а тому повинен керуватись нормами та правилами, що історично склались в тій чи іншій освітній інституції. З другого боку, від викладача очікують креативності та запровадження інновацій, що є неможливим у випадку повного слідування традиціям, звичаям та узвичаєнням. Креативність та інновація вітаються, якщо вони відповідають освітнім очікуванням студентів, головним споживачам освітніх послуг. Академічна свобода та інституційна автономія можуть заходити у конфлікт між собою, реалізація права викладача на свободу слова і творчості може конфліктувати з загальноприйнятими канонами, звичаями та узвичаєннями освітньої інституції або навіть держави.

Питання про можливість вироблення загальнотеоретичної моделі свободи та автономії, застосовної незалежно від того, хто виступає її суб'єктом — індивід, група, об'єднання людей, держава тощо, давно цікавить юристів. Вироблення

такої моделі потребує не тільки вивчення ідейних витоків концепції автономії, розкриття змісту цього поняття, встановлення його співвідношення з такими основоположними принципами права, як справедливість, свобода, рівність, а й з'ясування способів визначення меж автономії [4, с. 407–408]. Законодавство та судова практика виробили певні критерії для проведення межі між академічною свободою викладача та інституційною автономією університету. Наприклад, сьогодні держава встановлює обмеження щодо змісту промови викладача ВНЗ та вчителя загальноосвітнього навчального закладу, зокрема забороняється закликати студентів та учнів до сепаратизму. Ураховуючи складну суспільно-політичну ситуацію в країні, спричинену агресією Росії, Міністерство освіти і науки України звернуло увагу працівників освіти на відповідальність педагогічних та науково-педагогічних працівників за виховання високих моральних якостей, формування громадян, здатних до свідомого суспільного вибору, збагачення на цій основі інтелектуального, творчого культурного потенціалу народу (лист МОН № 1/9-382 від 29.07.14 р. «Про особливу відповідальність педагогічних та науково-педагогічних працівників»). Антидержавні висловлювання педагогічних та науково-педагогічних працівників повинні мати наслідки, передбачені п. 3 ст. 41 Кодексу законів про працю України, а саме — звільнення за вчинення працівником, який виконує виховні функції, аморального проступку, не сумісного з продовженням даної роботи. Звільнення допускається як за вчинення аморального проступку при виконанні трудових обов'язків, так і не пов'язаного з ними (вчинення такого проступку в громадських місцях або в побуті).

Схоже обмеження академічної свободи професорсько-викладацького складу відоме історії американського права. Протягом холодної війни з Радянським Союзом поширеними стали спори щодо обмеження академічної свободи викладачів на підставі їх належності до комуністичної партії чи поширення комуністичної ідеології. Питання змісту права на академічну свободу набуло особливої актуальності в період маккартизму, руху в суспільному житті США у період між кінцем 1940-х та 1957 р., що супроводжувався загостренням антикомуністичних настроїв і політичними репресіями проти прихильників Радянського Союзу. Частими були політично мотивовані необґрунтовані фактами звинувачення в нелояльності до американської влади. У 50–60-х рр. звичайною була практика заборони друку книг, звільнення за підтримку комунізму та соціалізму, примушення давати клятву вірності. У справі *Adler v. Board of Education of the City of New York* [5] Ірвінгу Адлеру, вчителю математики та члену комуністичної партії, було відмовлено у прийнятті на роботу на підставі Фейнберзького закону штату Нью-Йорк 1949 р., згідно з яким державним закладам, включаючи школи та університети штату, заборонялось приймати на роботу осіб, що пропагують та закликають до перевороту та повалення влади на федеральному рівні чи рівні штату. Холодна війна в 50–60-ті рр. минулого століття викликала занепокоєння в американському суспільстві, а причиною прийняття такого закону була необхідність виявлення та відсторонення від роботи прихильників комуністичної партії. Шестеро з дев'яти (тобто необхідна більшість) суддів Верховного суду підтримали конституційність закону, аргументуючи свою позицію таким чином: «штат має конституційне право захищати незрілі уми дітей в державних школах від підривної пропаганди, що поширюється тими, до кого діти звертаються за порадою як до лідера». Таким чином, судова практика виробила правило, відпо-

відно до якого при конфлікті між інституційною свободою ВНЗ та академічною свободою викладача перевага надається першому.

2. *Конфлікт між академічною свободою професора та академічною свободою студента.* Розгорнутий зміст поняття академічна свобода надав Д. Герцюк: академічна свобода означає свободу членів академічного співтовариства, кожного окремо чи всіх разом, у прагненні до розвитку і передачі знань через дослідження, викладання, творчу діяльність; утримання з боку владних структур від використання системи освіти як інструменту для пропаганди; забезпечення викладацькому складу і студентам усіх ВНЗ умов для автономії і свободи викладання, навчання і дослідницької діяльності без зовнішнього втручання; відкритий доступ до інформації про суспільні справи і справи своєї установи, можливість обмінюватися інформацією зі своїми колегами у своїй країні і за кордоном [6, с. 17]. Академічна свобода — це свобода, яку гарантує держава всім членам академічної спільноти для того, щоб забезпечити виконання покладених на них педагогічних, дослідницьких, наукових, навчальних завдань, тобто своєрідний дозвіл університету виконувати свій обов'язок перед суспільством.

Правом на академічну свободу користуються всі учасники освітнього процесу, зокрема, наукові, науково-педагогічні та педагогічні працівники та здобувачі вищої освіти.

Зміст та межі академічної свободи залежать від того, хто є носієм цього права. Свобода в освітній сфері *для викладачів* виражається в їх можливості вільно викладати навчальний курс, обирати форми, методи, свободи і засоби навчання, виховання та оцінювання рівня засвоєння студентами матеріалу, обирати теми та методичку наукового дослідження, вільно виражати власну фахову думку, свободу від втручання у професійну діяльність. Академічна свобода викладача — це міра можливої поведінки фахівця згідно зі своїм розумінням професійних завдань і місії даної професії. Академічна свобода *для студентів* виражається в праві на вибір типу, строків, методів та засобів свого навчання, вибір типу навчального закладу, можливості брати участь у формуванні змісту своєї освіти та здобувати знання відповідно до своїх потреб та схильностей. Свобода вибору в освітньому, науковому процесі здійснюється завдяки закріпленню академічних свобод студента, що дозволяє навчатись та проводити дослідження у відповідності з власними бажаннями, інтересами та уподобаннями, а не на підставі зовнішнього примусу. Принцип вільного вибору поведінки в межах дозволеного, диспозитивність, майнова самостійність та юридична рівність сторін є ознаками приватноправових відносин. Нормативно-правове закріплення принципу автономності ВНЗ та академічної свободи учасників освітнього процесу свідчить про тенденцію збільшення впливу цивільного права на освітні відносини.

В Україні академічна студентська свобода виявляється насамперед у можливості обирати студентами курси протягом останніх років навчання в університеті: елективні курси найбільш повно відображають зміст студентської свободи.

Академічні свободи стають важливою умовою реалізації гуманістичної освітньої парадигми, що надає студентам свободу вибору в процесі професійної підготовки. Ставлення самого студента до освіти змінюється у позитивний бік, оскільки він перестає бути пасивним слухачем, а набуває рис активного учасника освітнього процесу. Свобода вибору сприяє підвищенню активності студента

в процесі професійної підготовки. Студентська академічна свобода формує вміння самостійно робити вибір, бачити кінцевий результат такого вибору, нести відповідальність за власний вибір, визначати значення вибору для майбутньої професійної діяльності, ставити та реалізовувати цілі, оцінювати власну діяльність. Студентська академічна свобода є невід'ємним елементом у процесі формування фахівця, здатного ефективно та творчо виконувати завдання.

Процес реалізації академічної свободи студентів є новим явищем для українського правового поля, а тому на практиці викликає ряд суперечностей. Оцінюючи ситуацію у сучасній Україні, слід відзначити, що академічні свободи викладача та дослідника реалізуються більшою мірою, ніж студента. Цьому передують декілька причин. *По-перше*, професійна діяльність академічних працівників складається з трьох основних компонентів — навчальної, методичної, наукової, натомість академічна діяльність студентів складається з навчальної та наукової роботи. Відповідно, академічна свобода студентів є вужчою за змістом у порівнянні з автономією викладачів. *По-друге*, у студентів часто відсутня інформація про їх академічні права та обов'язки, що призводить до ситуації, в якій студент залишається пасивним споживачем освітньої послуги. *По-третє*, при виникненні конфлікту між академічною свободою професора та академічною свободою студента адміністрація ВНЗ та суд імовірніше надасть перевагу першому. Прикладом такого конфлікту може служити справа з американської судової практики *Brown v. Li* [7], в якій Крістофер Браун, кандидат на отримання ступеня магістра з матеріалознавства в Університеті Каліфорнія, подав свою дисертацію на розгляд наукової ради. Представлена копія не мала такого рекомендаційного, але обов'язкового розділу, як подяка, в якому студенти зазвичай вказують професорів, яким вдячні за допомогу у підготовці наукової роботи, родичів, які підтримували під час навчання, колег, які рецензували роботу. Після затвердження науковою радою рукопису студент додав дві сторінки тексту замість подяки, в яких у нецензурних виразах звинувачував адміністрацію, бібліотекарів та раду регентів своєї освітньої інституції в некомпетентності, фашизмі та корупції. Коли університет дізнався про таку «подяку», Крістоферу Брауну було відмовлено у видачі диплому та у розміщенні тексту дисертації в бібліотеці для відкритого доступу. Декілька місяців пізніше студент все ж таки отримав диплом, але до фондів бібліотеки робота не потрапила. Містер Браун оскаржив рішення університету, посилаючись на те, що було порушено його право на свободу слова. Суд першої інстанції та окружний суд підтримали позицію адміністрації освітньої інституції.

Суддя дев'ятого округу Сьюзан Грабер застосувала стандарт, вироблений у справі *Hazelwood School District v. Kuhlmeier* [8] для навчальних закладів середньої освіти. Справа *Brown* є першою, де правило *Hazelwood* про конституційність цензури з боку адміністрації школи за змістом студентської газети було перенесено до інституції вищої освіти. Рішення, прийняті раніше першим [9, р. 480] та п'ятим [10, р. 346] округом прямо забороняли поширювати прецеденти для середньої освіти на спори у сфері вищої освіти. Правова доктрина вважає, що справа *Hazelwood* не поширюється на студентів коледжів та університетів, такі особи повинні користуватись всіма суб'єктивними правами дорослої людини [11, с. 1296]. Професор та студент користуються правом на академічну свободу, однак їх інтереси можуть знаходитись у конфлікті, вирішення якого було предметом розгляду судом дев'ятого округу. Професор має право «оціню-

вати студента на підставі професійної розважливості та академічного досвіду», а члени наукової ради «мають право згідно з Першою поправкою не затвердити дисертацію позивача» [7, р. 952]. Справа *Brown* окреслює межі здійснення права студента на академічну свободу: при конфлікті інтересів професора та студента суд надав перевагу першому. Викладач може вимагати від студента дотримання загальноприйнятих стандартів поведінки; може відмовитись затвердити студентську роботу, яка не відповідає академічним стандартам; може обмежити свободу слова, якщо висловлювання не стосуються предмета вивчення; може вимагати від студента підготувати завдання за певної теми, з якою студент може не погоджуватись, якщо саме таке завдання служить досягненню педагогічної мети [7, р. 949, 951, 953].

Рішення у справі *Brown v. Li* було неоднозначно сприйнято науковцями та зазнало критики як таке, що безпідставно обмежує академічну свободу студента. Дев'ятий округ закріпив можливість для освітян обмежувати академічну свободу студента в разі, якщо це сприяє досягненню педагогічної мети (навіть якщо така мета полягає у дотриманні вимог написання необов'язкової секції наукової роботи — подяки). Така позиція суду підриває саму сутність університетської освіти, місію навчального закладу — служити місцем для обміну думками з широкого кола ідеологічних та інтелектуальних питань [12, с. 83–84]. Таким чином, судова практика виробила правило, відповідно до якого при конфлікті між академічною свободою професора та академічною свободою студента перевага надається першому.

3. *Конфлікт між приватноправовим та публічно-правовим інтересом.* Визначення меж автономії та свободи у сфері вищої освіти неможливе без звернення до споконвічної проблеми співвідношення приватного і публічного, проблеми визначення межі між сферою, де особа має автономію, та сферою, де вона є об'єктом зовнішнього (часто державного) контролю. Право повинно встановлювати справедливість для всіх, що означає закріплення обмежень реалізації приватного права задля загального блага, захист індивідуальної та групової (колективної) автономії таким чином, щоб кожна фізична особа могла бути автором свого життя із захистом з боку держави. Визначення межі між публічною і приватною сферами завжди викликало труднощі в теорії та на практиці. Прикладом законного обмеження приватної свободи заради захисту публічного інтересу у сфері вищої освіти є випадки обов'язкового тесту на наркотичні засоби. Згідно з Актом про вільні від наркотиків робочі місця [13], коледжі та університети, що отримують федеральне фінансування більше як 100 000 доларів, є суб'єктами, на які поширюється вказаний нормативно-правовий акт. Це стимулює освітні інституції приймати внутрішні документи, що забороняють найманим працівникам приймати речовини, вилучені із вільного обігу, та дозволяють проведення обов'язкових для співробітників тестів на наявність таких речовин в організмі. Існує варіативність формулювання таких умов, наприклад, на рівні індивідуального трудового договору або колективного договору; проведення такого тесту лише за наявності підозри у вживанні особою вказаних речовин або випадково. Примусове, обов'язкове тестування на вміст наркотичних речовин у крові та сечі фізичної особи обмежує та навіть порушує особисте немайнове право на фізичну недоторканність, але таке обмеження приватного права служить меті охорони і захисту публічного інтересу. Адміністрація американської освітньої інституції обмежена поло-

женнями Четвертої поправки, яка захищає від безпідставних обшуків та арештів, але Верховний суд визнав конституційним проведення тесту на вміст наркотичних речовин за певних обставин. Наприклад, у справі *National Treasury Union v. Von Raabe* [14] вища судова інстанція проголосила законним тест для певних працівників державної митної служби, незважаючи на те, чи підозрювались вони на вживання наркотичних речовин. Суд зазначив, що зважаючи на специфіку їх роботи, а саме контроль за заборонаю ввезення наркотичних речовин, а також на вагомий інтерес держави в тому, щоб державні службовці не вживали наркотиків, проведення тесту без попередньої підозри не порушує Чотирнадцяту поправку. Посилання на цю поправку може мати сенс та результат у формі визнання обов'язкового тесту на наркотики незаконним, якщо роботодавець вимагає від всіх найманих працівників проходження вказаного тесту. У справі *Georgia Association of Educators v. Harris* [15] штат Джорджія прийняв закон в 1990 р., який вимагає від усіх кандидатів на посаду державного службовця (включаючи професорсько-викладацький склад державних університетів) проходити тест на вміст наркотиків. Асоціація освітян Джорджії оскаржили акт, посилаючись на принцип рівного захисту та належну правову процедуру. Федеральний суд першої інстанції зайняв позицію найманих працівників та визнав, що інтерес штату забезпечити робочі місця, вільні від наркотиків, не є переважаючим у порівнянні з приватним інтересом по захисту від безпідставних обшуків та арештів.

Межа між конфліктуєчим приватним та публічним інтересом є настільки ефемерною, що судова практика не виробила сталого підходу до визначення, в яких випадках переважає приватне право, а коли перевага надається публічному інтересу. Наприклад, в іншій справі *Knox County Education Association v. Knox County Board of Education* [16] апеляційний суд визнав практику проведення тесту без попередньої підозри на вміст наркотичних речовин законною. Суд аргументував свою позицію тим, що вчитель виконує функцію *inlocoparentis*, що означає батьківські обов'язки. Теорія *inlocoparentis* (лат. тимчасовий представник дитини) [17, р. 791] була домінуючою у розумінні університетсько-студентських відносин у XIX та першій половині XX ст., але втратила свою актуальність у подальшому, тому можна з високим ступенем імовірності казати, що вказаний судовий прецедент не набуде поширення у сфері вищої освіти.

Іншим прикладом колізії приватного права на приватність та публічного права на безпеку є випадки обов'язкового медичного огляду. Така вимога може порушувати право найманих працівників. У справі *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkley Laboratory* [18] федеральний апеляційний суд визнав практику лабораторії щодо перевірки її потенційних співробітників на сифіліс, серповидно-клітинну анемію та вагітність порушувала права Титулу VII Акта про цивільні права 1964 р. [19] та Четверту поправку, зокрема право на прайвесі. Лабораторія, що була структурним підрозділом Університету Каліфорнія, не повідомляла кандидатом на роботу про те, що вони повинні пройти вказані тести як частина апікаційного процесу.

На підставі викладеного можна зробити *висновок*, що філософсько-правові поняття свободи та автономії у сфері вищої освіти мають свої межі, визначені законом, судовою практикою та доктриною.

1. Базовими засадами нового Закону України «Про вищу освіту» є принцип інституційної автономії та академічної свободи викладача, що можуть вступати

у суперечку. Колізія між інституційною свободою та свободою індивіда є прикладом конфронтації колективного та індивідуального інтересу.

2. Академічна свобода включає в себе дві складові: право вільно навчати (академічна свобода викладача) та право вільно навчатись (академічна свобода студента). У разі конфлікту між академічною свободою професора та академічною свободою студента судова практика, як правило, надає перевагу першій.

3. Споконвічна проблема виявлення та нормативної демаркації межі між приватним та публічним началом має свій специфічний прояв також у сфері вищої освіти, зокрема, у вигляді конфлікту між приватною фізичною свободою викладача та публічним інтересом у безпеці освітнього процесу.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Sellers M.* *Autonomy in the Law (Ius Gentium : Comparative Perspectives on Law and Justice. Vol. 1 / Mortimer Sellers. – Springer, 2008. – 179 p.*
2. *Sieckmann J.-R.* *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning (Law and Practical Reason) / Jan-R. Sieckmann. – Hart Publishing, 2012. – 262 p.*
3. *Маслова Н. Г.* Зміст і структура академічної свободи з урахуванням ролі відповідних суб'єктів у науково-освітньому процесі / Н. Г. Маслова // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 646–652.
4. *Уварова О.* Автономія як поняття загальної теорії права / О. О. Уварова // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Статті учасників Десятого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 12–13 грудня 2014 року). – Львів, 2015. – С. 401–413.
5. *Adler v. Board of Education of the City of New York* // *United States Reports.* – 1952. – № 342. – P. 485 – 511.
6. *Герцюк Д.* Академічні свободи у системі цінностей вищої освіти: еволюція і сучасний стан / Д. Герцюк // Вісн. Львів. ун-ту. Серія педагогіка. – 2009. – Вип. 25. Ч. 4. – С. 16–24.
7. *Brown v. Li* // *Federal Reporter, Third Series.* – 2002. – № 308. – P. 939–967.
8. *Hazelwood School District et al v. Kuhlmeier et al* // *United States Reports.* – 1988. – № 484. – P. 260–291.
9. *Student Gov't Ass'n v. Bd. of Trs. of the Univ. of Mass* // *Federal Reporter, Second Series.* – 1989. – № 868. – P. 480.
10. *Kincaid v. Gibson* // *Federal Reporter, Third Series.* – № 236. – P. 346 («Випускний фотоальбом повинен розглядатись як публічний форум з обмеженим доступом. Hazelwood не має відношення до цієї справи»).
11. *Saunders T.* *The Limits on University Control of Graduate Student Speech / T. Saunders* // *Yale Law Journal.* – 2003. – Vol. 112. – P. 1295–1302.
12. *Gardner A. R.* *Giving Credit Where It Is Due – An Acknowledgment of Higher Education in America / A. R. Gardner* // *Loyola of Los Angeles Law Review.* – 2003. – Vol. 37. – P. 69–84.
13. *Drug-Free Workplace Act of 1988* // *United States Code.* – 2006 Edition. – Supplement 3. – Title 41. – §§ 701–707.
14. *National Treasury Union v. Von Raabe* // *United States Reports.* – 1989. – № 489. – P. 656–687.
15. *Georgia Association of Educators v. Harris* // *Federal Supplement.* – 1990. – № 749. – P. 1110–1118.
16. *Knox County Education Association v. Knox County Board of Education* // *Federal Reporter, Third Series.* – 1998. – № 158. – P. 361–387.
17. *Black's Law Dictionary.* – 7th ed. – WestGroup, Minnesota, 1999. – 1738 p.

18. *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkley Laboratory* // Federal Reporter, Third Series. — № 135. — P. 1260–1276.
19. *Civil Right Act of 1964* // Public Law 88-352. — July 2, 1964. — P. 241–250.

Давидова Н. О. Межі інституційної автономії та академічної свободи у сфері вищої освіти

Анотація. У статті автор розглядає такі базові засади нового Закону України «Про вищу освіту», як принцип інституційної автономії та академічної свободи викладача. Робиться висновок, що між інституційною свободою та академічною свободою викладача може виникати конфронтація як конфлікт між колективним та індивідуальним інтересом. Автор акцентує на можливості конфлікту між академічною свободою професора і академічною свободою студента та необхідності демаркації межі між приватним і публічним началом у сфері вищої освіти.

Ключові слова: свобода, автономія, приватне право, публічне право, конфлікт інтересів, освітня інституція, професор.

Давыдова Н. А. Границы институциональной автономии и академической свободы в сфере высшего образования

Аннотация. В статье автор рассматривает такие базовые основы нового Закона Украины «О высшем образовании», как принцип институциональной автономии и академической свободы преподавателя. Делается вывод, что между институциональной свободой и академической свободой преподавателя может возникать конфронтация как конфликт между коллективным и индивидуальным интересом. Автор акцентирует на возможности конфликта между академической свободой профессора и академической свободой студента и на необходимости демаркации границы между частным и публичным началом в сфере высшего образования.

Ключевые слова: свобода, автономия, частное право, публичное право, конфликт интересов, образовательная институция, профессор.

Davydova N. Limits of Institutional Autonomy and Academic Freedom in Higher Education Sphere

Summary. Basic principles of the new Law of Ukraine “On Higher Education” are reviewed including institutional autonomy and academic freedom of professor. The conclusion is made that confrontation is possible between institutional freedom and academic freedom of professor as conflict between collective and private interest. The author highlights the possibility of conflict between academic freedom of professor and academic freedom of student and the necessity of delineation between private and public commencement in higher education.

Key words: freedom, autonomy, private law, public law, conflict of interests, educational institution, professor.

КІБЕРНЕТИЧНИЙ ПРОСТІР ТА КІБЕРНЕТИЧНИЙ ЗЛОЧИН: СПРОБА ПОСТКЛАСИЧНИХ ІНТЕРПРЕТАЦІЙ



В. ВОЙЧИШИН
*асистент кафедри філософії та теорії права
(Чернівецький національний університет
імені Ю. Федьковича)*

Тотальна інформатизація та глобальна комп'ютеризація створили новий простір міжсуб'єктної комунікації, що, у свою чергу, спровокувало формування нового, раніше невідомого правовій науці понятійно-категоріального апарату. Зокрема, такими новоствореними поняттями є «кібернетичний злочин» та «кібернетичний простір». Необхідність використання (запозичення) зазначених вище термінів у правовій науці далеко не випадкова. Електронна комерція, віртуальні правочини, вчинення злочинів за допомогою комп'ютерів у мережі Інтернет тощо сприяють формуванню нових правовідносин, невідомих раніше юридичній науці. Отже, можна констатувати наявність об'єктивної потреби в осмисленні кібернетичного простору, логіки та особливостей його функціонування, зокрема як середовища скоєння кібернетичного злочину. Поява новітніх інформаційних та комунікаційних технологій суттєво похитнула панівне світосприйняття, створивши ідеальні умови для формування кібернетичного простору [22, р. 192–193]. У такому випадку виникає потреба тотального переосмислення правового простору крізь призму кібернетичного злочину та кібернетичного простору.

У вітчизняному законодавстві кібернетичні злочини знайшли свою нормативну об'єктивацію в XVI розділі Кримінального кодексу України та представлені в редакції трьох статей. Відповідно до статті 361 Кримінального кодексу України, кібернетичний злочин інтерпретується як винне, протиправне, суспільно небезпечне діяння, пов'язане із несанкціонованим втручанням в роботу комп'ютера чи комп'ютерних мереж. Проте, який онтологічний статус такого злочину: як він існує, в чому полягає його суспільна небезпека, яка буттєва специфіка його предмета та об'єкта? Жоден кодекс не в змозі дати відповіді на ці запитання. Отже, такий стан справ автоматично направляє нас до філософсько-правового осмислення досліджуваного феномену.

Пристаюючи до осмислення та осягнення феноменів кібернетичного злочину та кібернетичного простору, перш за все з'ясуванню підлягає простір у різноманітних його варіаціях та інтерпретаціях (правовий простір, кібернетичний простір). Феномен правової ситуації, як джерела буття права, теж займе

© В. Войчишин, 2015

чільне місце в рамках цього питання, адже ситуація етимологічно вказує на простір, у межах якого відбувається людська діяльність [1, с. 10].

Слід констатувати, що, незважаючи на зазначену вище актуальність, проблемами кібернетичного простору та кібернетичного злочину практично не досліджені з філософсько-правових позицій у вітчизняному правознавстві. Разом з тим, оскільки будь-яке осмислення простору повинно спиратися на певне філософське розуміння його суті, далі будуть викладені відповідні концепції простору. В свою чергу, це дозволить обрати той підхід, який є найбільш адекватним меті цієї статті.

Історія філософської думки налічує безліч просторових теорій та концепцій. Проте, на наш погляд, доречним буде виділення трьох підходів до розуміння простору, котрі найбільш яскраво демонструють приналежність до філософської класики та некласики. Класичний підхід представлений просторовою концепцією Р. Декарта, некласичний — феноменологічною філософією Е. Гуссерля та фундаментальною онтологією М. Гайдеггера.

Ключове наукове положення раціоналістичної філософії Р. Декарта зводиться до чіткого розрізнення матерії та простору, що допомогло вченому звільнитися від середньовічних уявлень про час, простір та матерію. Простір, або як ще називав його Р. Декарт «внутрішнє місце», цілковито відрізняється від тілесної субстанції, що укладається в цьому просторі та зосереджується в нашому мисленні. І справді, підтвердження знаходить той факт, що протяжність у ширину, довжину та глибину, становлячи простір, складає також і тіло. Різниця між ними полягає лише в тому, що тілу ми приписуємо певну протяжність, розуміючи, що воно разом з ним змінює своє місце щоразу, коли переміщається [2, с. 353]. Таким чином, простір у декартівському розумінні являє собою протяжність у трьох напрямках: ширину, довжину та глибину.

Викладаючи гуссерлівську позицію щодо простору, слід насамперед зазначити, що феноменологія є вченням про феномени свідомості, яке суттєво відрізняється від відомих філософських концепцій І. Канта та Г. В. Ф. Гегеля. Останні ж під поняттям «феномен» розуміють явище, яке дається у процесі чуттєвого пізнання. Феноменологічна наука кардинально переосмислила зазначене розуміння феномену, вкладаючи у зміст останнього певну усвідомлену предметність, котра має сенс. Свідомість, на думку Е. Гуссерля, завжди інтенціональна, тобто «направлена на щось». Іntenцію формують два ключових компоненти: ноєма та ноєзис. Ноєма — це «що», на яке спрямована увага. Ноєзис — це «як» цієї спрямованості. Мета вказаних операцій — виділення ейдосу, сутності тієї предметності, на яку спрямована увага дослідника [3, с. 79]. Виявлення іманентної властивості певного предмета досягається за допомогою методу феноменологічної редукції, який внаслідок операції епохе (утримання від будь-яких суджень про предмет) відкриває перед феноменологом «очищену», редуковану свідомість.

Питання просторового конституювання знайшло своє викладення у праці філософа під назвою «Початок геометрії», у рамках якої прояснюється позиція Е. Гуссерля щодо природи просторовості, при цьому вдаючись до уточнення, що геометрія служить лише назвою для виявлення так званого зв'язку між часом та простором [4, с. 66]. Не менш плідною була й лекція автора «Річ та простір», в якій теж можна віднайти певні концептуальні засади щодо розуміння простору та феноменів, які його наповнюють [5, с. 130]. Просторова річ, стверджує філо-

соф, є не чим іншим, як інтенціональною єдністю специфічно побудованих конкретних способів сприйняття (явлення) [6, с. 125].

Щодо аналізу Е. Гуссерлем просторового конституювання, то спосіб його здійснення відбувається на основі специфічних актів свідомості, в яких формуються предметності візуального поля, яке обмежене безліччю зв'язаних із точкою сприйняття перспектив, співвіднесених із первинним імпресіональним предметним змістом. Йдеться про таку реконструкцію свідомості «наявного простору», яка, згідно з феноменологічною термінологією, могла б бути названа внутрішньою свідомістю простору [4, с. 66]. Просторово-часова теорія німецького феноменолога дає змогу коректно реконструювати смисл досліджуваної реальності (фізичної, правової, психологічної, культурної).

Деякі змістовні думки з приводу інтерпретації простору Е. Гуссерлем та пріоритету просторової проблематики над темпоральною висловлює російський феноменолог В. Молчанов: «...мені здається більш перспективною в проблемному відношенні феноменологія простору, аніж часу. Саме простір, або ж просторовість, формують основу життєвого світу» [7, с.17]. Отже, простір у гуссерлівському розумінні є безкінечною багатоманітністю можливих становищ, які створюють можливість для багатьох ймовірних рухів і змін [8] та з допомогою інтерсуб'єктивних механізмів стають доступними для Інших.

Дещо іншу позицію щодо розуміння простору займає німецький мислитель М. Гайдеггер. Так, у своїй праці «Буття та час» він заявляє, що основне завдання його філософії — розкрити «смысл буття», це, у свою чергу, привело до назви його філософії — «фундаментальна онтологія». Буття визначається і досягається через присутність, «Dasein». Фундаментальна онтологія, таким чином, виявляється екзистенціальною аналітикою «Dasein». Базовими структурами останнього, на думку М. Гайдеггера, є *in-der-Welt-sein* (буття-в-світі) та *Mitsein* (співбуття). Буття-в-світі (*in-der-Welt-sein*) має характер сумісності, що тягне за собою розуміння буття присутності, як *Mitsein*, спільного буття з Іншими, співбуття, співіснування [9, с. 53]. Префікс «спів-» вказує на наявність Іншого, на інші *Dasein*, які існують разом із ним.

На думку М. Гайдеггера, просторовість сама по собі є просторовістю-в-собі, яка непомітно знаходиться для підручного. Проте, окрім цього філософ наголошує, що простір не обмежується суб'єктом та світ не розташований «у просторі». Швидше, навпаки, простір є «в» світі, оскільки останній відкриває для існування конститутивне буття простору [9, с. 111]. Отже, будь-яке існування за своїми сутнісними характеристиками є просторовим. Наприклад, просторове буття речі вказує нам на стан, в якому вона перебуває.

Просторові відносини, пов'язані із буттям людини, виражаються поняттям «від-далення», яке, у свою ж чергу, є протилежним так званій «дистанції», адже одна «дистанція», будучи об'єктивно коротшою, ніж інша, може виявитися нескінченно довгою [9, с. 105]. Буття-в-світі людей (присутність) — просторове, оскільки присутність способом «від-далення» та напрямку — просторова, тож, наявне в світі можна зустріти в його просторовості [9, с. 110].

Підсумовуючи викладене, слід вказати, що, якщо виходити з позицій класичної юриспруденції, основою якої виступає беззаперечна віра в догму права, то найбільш оптимальною для обґрунтування «класичного» правового простору виступає концепція французького раціоналіста Р. Декарта, відповідно до якої простір та час є чистою однорідною протяжністю, прикладом якої може служи-

ти відомий усім юристам принцип дії закону в часі, просторі та за колом осіб. Але розуміння простору Р. Декартом налаштоване на осмислення просторовості матеріальних об'єктів, а тому не підходить для дослідження кібернетичного простору існування віртуальних об'єктів. Підхід Е. Гуссерля є більш адекватним для дослідження кібернетичного простору, проте його простір є результатом конститутивних процесів свідомості, в той час як віртуальна реальність може існувати незалежно від свідомості людини (наприклад, як породження штучного інтелекту). Відповідно до феноменологічного підходу, кібернетичний простір трактується як різновид концептуального простору, який формує своєрідний порядок співіснування ідей. Проте локалізувати кібернетичний простір виключно всередині комп'ютера — означало б наділити електронно-обчислювальний механізм свідомістю, що рівноцінно призводило б до нікчемного та абсурдного судження про визнання комп'ютера соціальним суб'єктом. Вихід із такої ситуації є можливим лише за умов трактування кібернетичного простору як порядку співіснування ідей у свідомості людей, які завдяки феноменологічному механізму інтерсуб'єктивності, що реалізується в кібернетичному просторі з допомогою комп'ютерних систем та мереж, є доступними для Іншого [10, с. 49–50].

Тому найбільш адекватною для осмислення сутності кібернетичного простору є концепція фундаментальної онтології М. Гайдеггера, оскільки вона розуміє простір як продукт «від-далення», тобто відмінності, різниці між «я» і «ти», яку не можна здолати, а отже, ця відмінність зберігається і на віртуальному рівні.

Осмислюючи кібернетичний простір у координатах М. Гайдеггера, слід зауважити, що буття-в-світі має характер сумісності й тягне за собою розуміння буття присутності, як спів-буття, спів-існування, але вже в межах кібернетичного простору, в якому Я та Інший вступає в комунікацію, перебуваючи при цьому на певній дистанції, котра успішно долається засобом інформаційних технологій, проте ніколи остаточно не зводиться нанівець.

У правничій літературі поняття правового простору здебільшого використовується догматично, у картезіанському ключі, що не дозволяє адекватно дослідити віртуальний простір. Яскравим прикладом служить дисертаційне дослідження російського правознавця В. Суханова, який інтерпретує правовий простір як складну, неоднорідну структуру, елементами якої виступають різноманітні соціально-просторові форми та види правового життя [11, с. 4].

У пострадянській філософії права неklasичне осмислення простору вперше здійснив вітчизняний правознавець О. Стовба, спираючись при цьому на фундаментальну онтологію М. Гайдеггера [1]. В центрі уваги О. Стовби знаходиться феномен правової ситуації, яка є джерелом буття права та первісно позначає той простір, у межах якого відбувається спів-буття суб'єктів. Отже, далі ми будемо досліджувати кібернетичний правовий простір як особливий — віртуальний — різновид правової ситуації.

Російський правознавець Ю. Пермяков у контексті аналізу провінційної правосвідомості влучно зазначає, що правове життя сповнене явищами, до яких з легкістю можна пристосувати просторові характеристики. Коли ми ведемо мову про межі можливого втручання держави у приватне життя особи чи розподіл функцій органів державної влади та місцевого самоврядування, то в пошуку аргументів задля захисту своєї позиції ми, так чи інакше, звертаємося до просторової моделі світу [12, с. 44–46]. Звісно, перелік прикладів зі зверненням до

просторової моделі світу цим не вичерпується і може бути суттєво доповнений, що свідчить про постійне використання існуючих просторових моделей. Ще однією просторовою характеристикою права є поняття «зіткнення», яке пронизує увесь буттєвий устрій права. Немає жодної проблеми права, в якій ми б не спостерігали зіткнення позицій конкретних суб'єктів (правовий конфлікт), що займають різне місце у правовому просторі [12, с. 44–46].

Як бачимо, модель поведінки, що задається правом, може включати певні прояви людської діяльності, у чому був правий німецький представник феноменологічної герменевтики А. Кауфман, стверджуючи, що право входить в екзистенцію людини шляхом діяння [13, с. 343]. Виключення із соціально-правової реальності певних проявів активності суб'єкта свідчить про розрізнення правового та соціального простору між собою, оскільки те, що має місце в соціальному просторі, може з легкістю стати нікчемним із позиції права.

Отже, правовий простір абсолютно не байдужий до сутності тих явищ, подій та процесів, які існують та функціонують у його межах. Будь-які події, що розгортаються на теренах правової реальності, в кінцевому результаті можуть бути редуковані до набуття, зміни або ж втрати певного статусу, який ми називаємо екзистенціальним. Набуваючи котрий — ми маємо чітко окреслені права та обов'язки, відійшовши від яких — ми автоматично змінюємо наш статус, який нам диктує вже нові правила співбуття-з-Іншим.

Проте досі категорія правового простору розроблялася без урахування можливості існування віртуальних правових явищ, які локалізовані у кіберпросторі, що, на наш погляд, примушує продовжувати інтенсивні пізнавальні розвідки у пошуку більш адекватного теоретико-методологічного терміна, який би допоміг чіткіше схопити специфіку правових аспектів кібернетичного простору, — такого, щоб дав змогу краще осмислити специфіку кібернетичного простору та кібернетичного злочину, а також їх взаємозв'язок із «правовим життям» (термін уведено у вітчизняну науку С. Максимовим), як одним із динамічних компонентів правової реальності [14, с. 183]. У свою чергу, правове життя конкретизується в тій особливій — правовій — ситуації, яка є онтологічним витоком права. Отже, увагу зосередимо на правовій ситуації як основному джерелі буття права.

Термін «правова ситуація» неодноразово зустрічається в текстах правознавців різноманітних шкіл та напрямів. Етимологічно «ситуація» позначає, власне, простір [1, с. 10]. Першим із філософів права, хто звернув увагу на екзистенціальні аспекти правової ситуації, був датський представник екзистенціальної філософії права Дж. Кон, який у своїй праці «Екзистенціалізм та правова наука» заклав міцні підвалини екзистенціального осмислення правової ситуації. Автор стверджує: «Правова реальність живе в конкретному життєвому випадку, правовому конфлікті та його вирішенні» [15, р. 21].

У нашому випадку термін «правова ситуація» є вдалою просторовою метафорою, проте з метою більш глибокого осмислення кібернетичного правового простору ми будемо вести мову про «кібернетичну правову ситуацію» як просторову метафору, що позначає середовище скоєння кібернетичного злочину — кібернетичний правовий простір. Правова ситуація як онтологічна основа правової реальності станом на сьогодні значно розширила поле своєї діяльності. Річ у тім, що світ є більш складним у просторовому відношенні. Безліч експериментів зі штучною реальністю (кібернетичним простором), а також різні способи

відтворення реальності потягнули за собою значні зміни не лише у сприйнятті самої дійсності, а й суттєво вплинули на спосіб міжсуб'єктної комунікації. Характеризуючи особливості взаємовідносин у кібернетичному просторі, французький постмодерніст Ж. Бодрійяр зазначає, що такий простір є не чим іншим, як «простором симуляції» [16, с. 4–5]. Оскільки ані реальних співбесідників, ані конструктивного змісту повідомлень у мережевому просторі вже не існує, то люди мають справу не з реальністю, а з гіперреальністю, яка часто сприймається більш реально, ніж сама об'єктивно існуюча дійсність [16, с. 4]. Це значно ускладнює можливість людської свідомості чітко розрізнити реальне та віртуальне, особливо в тому випадку, коли віртуальність навмисно маскується, намагаючись повноцінно імітувати реальний світ [17, с. 170]. Тож задля пояснення, розуміння та інтепретації подій, явищ та процесів, що мають місце в кібернетичному просторі, використовується термін «симулякр».

Симулякр — це імітація неіснуючого. Симулювати, означає робити вигляд, що ти маєш те, чого насправді немає. У ситуації постмодерну, де реальність перетворюється у модель, опозиція між дійсністю та знаком стирається і все трансформується в симулякр. У просторі тотальної симуляції, *яким власне є кібернетичний простір* (курсив мій. — В. В.), не існує більше меж між реальним та уявним, реальність відтепер переходить у ранг гіперреальності, яка характеризується пануванням ірреферентних симулякрів та заміною реального знаками реального [16, с. 6].

Але у чому ж полягає протиправність кібернетичного злочину? Та що відрізняє його від інших правомірних явищ кібернетичного простору?

Насамперед слід зауважити, що право в нашому розумінні постає не як статичне суще, а як динамічний процесуальний феномен, котрий збувається під виглядом діалогу [18], комунікації [20] та направляє людей у їхньому співбутті-з-Іншими. Тому до питання правомірності явищ, які функціонують у кібернетичному просторі, варто поставитись із певними застереженнями, оскільки будь-яке правомірне, конструктивне явище чи процес є динамічним, тому може з легкістю перетворитись на протиправне діяння. Термін «правомірність» є складовим двох незалежних слів «право» та «міра», де останнє визначає «межу», «поріг», перетинання якого тягне за собою певні зміни. Специфіка кібернетичної правової ситуації полягає в тому, що межею для правомірності служить не лише чутливість налаштованих апаратних та програмних засобів захисту комп'ютерних систем та мереж, переходячи які можна вести мову про кібернетичний злочин, а й ставлення цим самим «під удар» природного права Іншого на можливість отримувати, шукати, користуватись та розпоряджатись електронними інформаційними ресурсами, які можуть знаходитись як на комп'ютері користувача, так і на віддаленому сервері. Перехід через межу (бодай віртуальну) свідчить про «негативну трансценденцію» кіберзлочинця, який постійно зосереджений на подоланні існуючих перепон, дезорганізуючи в такий спосіб кібернетичний простір [19, р. 64].

Таким чином, коли ми ведемо мову про межі правового простору, то в рамках нашої свідомості вимальовується певна картина, де межі правового простору стають схожими на якусь зовнішню форму, яка обмежується власним функціональним потенціалом. Себто, правовий простір вичерпує себе своїми ж функціями, що й встановлюють межі, та перетнувши які, потрапляємо в зовсім іншу систему просторових координат. Межі правового простору стають у тако-

му випадку своєрідною «оболонкою», усередині якого розгортаються всі можливі прояви правового життя індивідів [21, с. 143].

Висновок. Підсумовуючи наведене вище, можна постулювати таке: кібернетичний простір, котрий інтерпретувався в дусі фундаментальної онтології М. Гайдеггера, не зводиться лише до віртуального простору, в якому циркулюють електронні дані всіх комп'ютерів світу. Кібернетичний простір постає, в нашому випадку, особливим симулятивним середовищем спів-буття-з-Іншими, в котрому «Я» та Інший шляхом інтерсуб'єктивних механізмів перебувають у комунікативних (діалогічних, ситуативних) відносинах. Кібернетичний злочин розуміється як пряме зашкодження можливостям Іншого діяти у кібернетичному просторі відповідно до його екзистенціального становища. Отже, зазначені можливості (спів-буття з Іншими у симулятивному середовищі) і є об'єктом кібернетичного злочину, в той час як його предметом виступають конкретні блага (право власності на певну програму, інформацію, збережену у цифровому вигляді, тощо). Таким чином, специфіку кібернетичного правового простору як середовища вчинення кібернетичного злочину стає можливим виокремити через термін «кібернетична правова ситуація».

Але як існує суб'єкт у кібернетичному просторі? Адже, незважаючи на всю симулятивність, кібернетичний злочин неможливий без суспільної небезпеки, без шкоди правам конкретної особи тощо. Або, якщо ставити питання більш широко, якою є специфіка «кібернетичної правової ситуації» в цілому порівняно із «звичайною» правовою ситуацією? На ці питання поки що немає відповідей. Тому слід констатувати, що наведені думки та ідеї щодо запропонованої проблематики не є претензією на абсолютну і остаточну істину, а є тільки першими кроками на шляху до цілісного осмислення зазначених явищ.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права / А. В. Стовба. — Харьков, 2006. — 176 с.
2. *Декарт Р.* Сочинения : пер. с лат. и фр. : в 2 т. Т. 1 / Р. Декарт ; сост., ред. вступ. ст. В. В. Соколова. — М. : Мысль, 1989. — 654 с.
3. *Свасьян К. А.* Феноменологическое познание. Пропедевтика и критика / К. А. Свасьян. — 2-е изд. — М. : Акад. проект; Альма Матер, 2010. — 206 с.
4. *Серкова В.* К вопросу о пространственном конституировании в феноменологии Эдмунда Гуссерля / В. Серкова // *Horizon феноменологические исследования.* — 2012. — № 1 (1). — С. 65–75.
5. *Шпигельберг Г.* Феноменологическое движение. Историческое введение : пер. с англ. / Г. Шпигельберг ; пер. гр. авт. под ред. М. Лебедева, О. Никифорова. — М. : Логос, 2002. — 680 с.
6. *Гуссерль Э.* Идеи к чистой феноменологии и феноменологической философии. Кн. первая / Э. Гуссерль ; пер. с нем. А. В. Михайлова ; вступ. ст. В. А. Куренного. — М. : Акад. проект, 2009. — 489 с.
7. *Молчанов В.* Исследования по феноменологии сознания / В. Молчанов. — М. : Изд. дом «Территория будущего», 2007. — 456 с.
8. *Мотрошилова Н.* Учение Гуссерля о вещи, восприятии и пространстве [Электронный ресурс] / Н. Мотрошилова. — Режим доступа : URL: http://philosophy.ru/library/husserl/husserl_motr.html.
9. *Хайдеггер М.* Бытие и время / М. Хайдеггер ; пер. с нем. В. Бибихина. — М. : Ad Marginem, 1997. — 452 с.

10. Волов А. Г. Философский анализ понятия «киберпространство» / А. Г. Волов // Философские проблемы информационных технологий и киберпространства : материалы II Междунар. междисциплин. науч.-практ. конф. — Пятигорск, 2011. — С. 49–54.
11. Суханов В. В. Правовое пространство и его формы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. В. Суханов. — М., 2005. — 26 с.
12. Пермяков Ю. Провинциальное правосознание: опыт исторической непричастности / Ю. Пермяков // Обществ. науки и современность. — 2012. — № 6. — С. 43–50.
13. Кауфман А. Попередні зауваження щодо правової логіки та онтології відносин. Засади правової теорії, заснованої на понятті «персона» / А. Кауфман // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 329–344.
14. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления : монография / С. И. Максимов. — Харьков : Право, 2002. — 328 с.
15. Cohn G. Existentialism and Legal Science / G. Cohn. — New-York : Oceana publications inc., 1967. — 148 p.
16. Бодрийяр Ж. Симулякры и симуляция / Ж. Бодрийяр ; пер. О. А. Печенкина. — Тула, 2013. — 209 с.
17. Ладов В. А. Феноменология виртуальной реальности / В. А. Ладов // Философские проблемы информационных технологий и киберпространства : Материалы II Междунар. междисциплин. науч.-практ. конф. — Пятигорск, 2011. — С. 169–176.
18. Честнов И. Л. Постклассическая теория права / И. Л. Честнов. — СПб., 2012. — 650 с.
19. Balkin J. M. Cybercrime: digital cops in a network environment / J. M. Balkin. — New-York : New York University Press, 2007. — 268 p.
20. Поляков А. В. Прощание с классикой, или как возможна коммуникативная теория права / А. В. Поляков // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — №1. — С. 9–42.
21. Малахов В. П. Основы философии права : учеб. пособие / В. П. Малахов. — М. : Акад. проект: Культура, 2005. — 240 с.
22. Thomas D. Cybercrime: law enforcement, security and surveillance in the information age / D. Thomas, B. Loader. — London : Routledge, 2000. — 320 p.

Войчишин В. Б. Кібернетичний простір та кібернетичний злочин: спроба посткласичних інтерпретацій

Анотація. У статті осмислюються кібернетичний простір і кібернетичний злочин, які з допомогою посткласичної методології, а саме фундаментальної онтології М. Гайдеггера, набувають нових інтерпретацій. Кібернетичний простір розуміється як продукт «від-далення», тобто відмінності між «я» і «ти», яку не можна здолати, а отже, ця відмінність зберігається і на віртуальному рівні. Кібернетичний злочин постає як пряме зашкодження можливостям Іншого, шляхом обмеження його зовнішньої свободи діяти у кібернетичному просторі відповідно до його екзистенціального статусу.

Ключові слова: кібернетичний простір, кібернетичний злочин, правова ситуація, правовий простір, симулякр, віртуальна комунікація.

Войчишин В. Б. Кибернетическое пространство и кибернетическое преступление: попытка постклассических интерпретаций

Аннотация. В статье осмысливаются кибернетическое пространство и кибернетическое преступление, которые с помощью постклассической методологии, а именно фундаментальной онтологии М. Хайдеггера, приобретают новые интер-

претации. Кибернетическое пространство понимается как продукт «от-даления», то есть отличия между «я» и «ты», которое нельзя преодолеть, в связи с чем это различие сохраняется и на виртуальном уровне. Кибернетическое преступление являет собой прямое нарушение (правомерных) возможностей Другого путем ограничения его внешней свободы действовать в кибернетическом пространстве в соответствии с его экзистенциальным статусом.

Ключевые слова: кибернетическое пространство, кибернетическое преступление, правовая ситуация, правовое пространство, симулякр, виртуальная коммуникация.

Voychyshyn V. Cyberspace and Cybercrime: Attempt of Postclassical Interpretations

Summary. A cyberspace and a cybercrime, acquiring new interpretations by the means of postclassical methodology, namely fundamental ontology of M. Heidegger, are analyzed in the article. A cyberspace is understood as a result of «Ent-fernung», that means the difference between «I» and «you» which cannot be overcome, and thus this difference remains on a virtual level. A cybercrime is presented as a direct violation of possibilities of the Other by limiting his external freedom to act in the cyberspace according to his existential status.

Key words: cyberspace, cybercrime, legal situation, legal space, simulacrum, virtual communication.

ПРЕДМЕТ І ПРИЗНАЧЕННЯ ІСТОРІЇ ПРАВОВИХ УЧЕНЬ ЯК НАУКОВОЇ ТА НАВЧАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНИ

В. СМОРОДИНСЬКИЙ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Історія правових учень (наукова і навчальна дисципліна, відома випускникам Радянських юридичних інститутів та юридичних факультетів як історія політико-правових учень, а сьогоднішнім студентам юридичних вишів — як історія вчень про державу і право) є важливою складовою юридичної науки (юриспруденції) — системи знань про право як значущий соціальний регулятор і державу як правовий суспільний інститут, закономірності та тенденції виникнення, розвитку і функціонування державних і правових явищ та процесів, їх окремих сторін і виявів, які разом утворюють юридичну дійсність [1, с. 15]. Ця система складається з підсистем юридичних наукових дисциплін, відокремлених за певними спільними ознаками. За логікою побудови системи першою з них є підсистема теоретичних наукових дисциплін. До них, як правило, відносять теорію держави і права, історію вчень про державу і право та порівняльне правознавство [1, с. 22]. Ці дисципліни формулюють загальнотеоретичні положення про право — в органічному зв'язку із суспільством — і державу — в необхідному зв'язку з правом, досліджують їх історичний розвиток, узагальнюють знання про них та їхні зв'язки одне з одним. Отже, історія правових учень традиційно й обґрунтовано розглядається як самостійна й саме юридична наукова дисципліна, що належить до підсистеми теоретичних наукових дисциплін єдиної системи юридичної науки.

Історія правових учень як юридична наукова дисципліна — це система знань про правові ідеї та цілісні теорії (доктрини, вчення), їх зміст, виникнення, розвиток, сучасне наповнення і зв'язки із суспільною практикою. Вона є теоре-

тичною дисципліною, оскільки через дослідження і систематизацію світової правової думки відкриває, з'ясовує та пояснює загальні закономірності й тенденції розвитку та функціонування права і держави. Її метою є досягнення об'єктивного, достовірного і вичерпного знання про зміст і сучасне наповнення класичних правових теорій, їх виникнення, історичний розвиток, зв'язки із сучасністю та суспільною практикою, надання цього знання як іншим юридичним науковим дисциплінам, так і безпосередньо суб'єктам державної та юридичної діяльності.

Місце історії правових учень як у підсистемі теоретичних юридичних наукових дисциплін, так і в системі юридичної науки загалом визначається шляхом з'ясування її взаємозв'язків із «сусідніми» теоретичними та історичними юридичними дисциплінами. Так, теорії держави і права ця наукова дисципліна надає результати досліджень і систематизації правових ідей значущих мислителів минулого, а також виконує щодо цієї науки методологічну функцію, озброює її важливим методом дослідження права і держави — через ідеї, концепції, цілісні доктрини цих мислителів, опрацьовані ними юридичні категорії. Теорія держави і права узагальнює ці здобутки на загальнотеоретичному рівні з використанням знань, одержаних від галузевих наук (конституційного, цивільного, кримінального права тощо), а також безпосередньо від суспільної, передовсім юридичної, практики.

Водночас саме теорія держави і права надає історії правових учень специфічні знання, що є результатом узагальнення сучасної юридичної практики, досягнень галузевих наук, здійснює наукове замовлення пошуку історичного та інтелектуального коріння правових явищ, інститутів, методів їх удосконалення, що містяться в класичній юридичній думці. Природа зв'язку між цими науковими дисциплінами дає підставу визначити історію правових учень як інтелектуальну історію теорії держави і права.

Історія правових учень вивчає право і державу через дослідження зазвичай персоніфікованих, тобто належних конкретним мислителям, письмово оформлених ідей. Історія держави і права надає цій дисципліні знання про історичні події, правові системи відповідного часу, що історично обумовлюють виникнення та розвиток того чи іншого вчення. Так, наприклад, історія держави і права досліджує давньоримський Звід законів Юстиніана, а історія правових учень — персоніфіковані ідеї римських юристів, що становлять основу цієї видатної юридичної пам'ятки.

Отже, історія держави і права — це історія утворення, розвитку та, у низці випадків, занепаду держав та національних правових систем, тоді як історія правових учень — це історія правових ідей, засадничих доктрин, що наповнюють змістом національні правові системи. Власним, специфічним предметом останньої є правові ідеї та цілісні теорії, їх зміст, виникнення, розвиток, зв'язки із сучасністю та суспільною практикою.

Призначення історії правових учень у системі юриспруденції визначається специфікою її функцій, напрямів досліджень, теоретичним і практичним значенням її для науки та суспільної практики. Розбудувати в Україні дійсно цивілізоване суспільство, демократичну, правову і при цьому життєздатну державу важко без розуміння сутності цих категорій, дослідження історії їх виникнення, формування та наповнення певним актуальним змістом. Таке дослідження, у свою чергу, є неможливим без вивчення й узагальнення теоре-

тичної спадщини мислителів минулого — доктрин суверенітету, демократії, поділу влади, правової та соціальної держави, верховенства права, конституціоналізму та ін.

Методологічна функція історії правових учень має свій прояв у озброєнні юридичних наукових дисциплін (зокрема теорії держави і права) важливим методом дослідження права, генерування нових ідей у цій сфері — через ідеї видатних мислителів минулого та сформовані ними цілісні теорії. *Ex nihilo nihil fit* — з нічого не походить нічого, «усі юридичні гіпотези, аргументи та висновки формуються в певному історико-культурному і професійному контексті — шляхом інтегрування окремих або суто профільних теорій у більш загальну, комплексну, влаштування їх у більш широкий контекст, за допомогою кількісного доповнення й якісного корегування попередніх теорій... В історії людської думки, особливо у сфері соціально-гуманітарного знання, завжди зберігається зв'язок часів» [2, с. 5–6]. Як зазначає Людвіг фон Мізес, «нові ідеї не виникають з ідеологічного вакууму. Вони породжуються існуючою ідеологічною структурою; вони є реакцією розуму людини на ідеї, розроблені її попередниками» [3, с. 167]. У цьому сенсі до історії правових учень повною мірою відносять слова Карла Ясперса: «Можна по-різному ставитися до нашого історичного минулого: в одному випадку ми споглядаємо в ньому близьку нашому серцю велич. Ми черпаємо сили в тому, що було, що визначило наше становлення, що є для нас зразком. Цілком байдуже, коли жила видатна людина. Усе розміщується ніби на одній, позачасовій площині значущого. Історичні дані сприймаються тоді нами як щось не історичне, а безпосередньо присутнє в нашому житті» [4, с. 240].

Історія правових учень є науковою дисципліною, що «реконструює, інтерпретує й актуалізує історичний досвід пояснення права і держави. У цьому сенсі історію філософії права, як називали цю наукову дисципліну в дореволюційному російському правознавстві, може бути розглянуто як простір для наукового діалогу сучасних науковців, що опосередковується текстами мислителів попередніх епох. Виявом діалогічності історії правових учень як частини сучасного соціально-гуманітарного знання є постійна актуалізація різних аспектів спадщини мислителів минулого, які уявляються важливими для учасників сучасного наукового діалогу» [5, с. 12].

До цього часу не вщухає багатовіковий спір із приводу зв'язку між державно-правовими теоріями і динамікою розвитку суспільства — породжують вони суспільні зрушення чи, навпаки, породжуються ними [6, с. 79–80]. У будь-якому разі вплив правових ідей на розвиток державних інститутів є очевидним і значущим. Ще давньоримський мислитель Марк Туллій Цицерон у трактаті «Про державу» зазначав: «Звідки взялося право народів чи це наше право, зване цивільним, звідки — правосуддя, вірність, справедливість?.. А все це виходить від людей, які, коли таке завдяки філософським ученням склалося, потвердили одне звичаями, а інше зміцнили законами» [7, с. 30].

Повною мірою — зважаючи на спорідненість історії політичної філософії та історії правових учень — до останньої слід віднести роздуми французького дослідника інтелектуальної історії лібералізму П'єра Манана: «З першого погляду можна вказати центральну й унікальну рису нашої історичної ситуації: у наш час існує безпосередній глибинний зв'язок між політичною думкою та політичним життям... Є велика спокуса сказати, що вона (політична філосо-

фія. — В. С.) була продумана та бажана ще до того, як була втілена в життя. Ластівка лібералізму піднялася в небо на світанку» [8, с. 6–7].

Водночас, як зазначає у своїй праці «Політичні вчення» англійський науковець Девід Міллер, «на прикладі Гоббса (йдеться, передовсім, про його трактат «Левіафан, або Суть, будова і повноваження держави церковної та світської». — В. С.) можна пояснити, чому мислителі так рідко напряду впливають на політичні події. Вони дивляться на політику у філософській перспективі, вступаючи в суперечність із багатьма переконаннями, що поділяють як політики, так і переважна більшість народу... Внаслідок таких досліджень філософи можуть висувати свої ідеї та практичні пропозиції, які зазвичай здаються дивними і навіть неприємними людям, що звикли до спорів, які не виходять за загальноприйняті межі... Однак з часом філософські праці починають вельми значно впливати на реальні події» [9, с. 19–20].

Англійські дослідники історії політичної та правової думки Джордж Г. Себайн і Томас Л. Торсон, схилившись до різноманітності можливих співвідношень між теорією (ідеями) і суспільною практикою, визнають їх безумовний взаємозв'язок і взаємообумовленість: «Політичні інститути й політичні теорії взаємопроникають і зливаються в тому розумінні й тією мірою, що й ті, й ті прагнуть *об'єднувати* людей, об'єкти й події під певним поняттям спільного добра чи спільного інтересу. Істотною функцією політичної теорії є не лише показ того, чим є політична практика, а й того, що вона *означає*. Показуючи, що означає практика або що вона *має* означати, політична теорія здатна змінити те, чим ця практика є» [10, с. 20].

З метою періодизації історії правових учень можуть застосовуватися різні підходи та критерії. Так, на підставі формаційного підходу до типології держав, обґрунтованого Карлом Марксом і Фрідріхом Енгельсом, послідовно розглядаються державно-правові ідеї рабовласницького, феодального, буржуазного, соціалістичного ладу, а також специфічного для постсоціалістичних країн і відносно нового для цього підходу «перехідного етапу» до демократичної, правової державності. Значущою альтернативою однобічному формаційному підходу в цих умовах є методологія цивілізаційного підходу, фундаторами і дослідниками якого є Арнольд Тойнбі, Освальд Шпенглер, Фернан Бродель та ін. За цим підходом головною структурною одиницею процесу розвитку суспільства (і, відповідно, правової думки) є цивілізація — суспільна система, пов'язана спільними цінностями, такими як культура, релігія, економічна, політична і соціальна організація та ін. Цей підхід відводить пріоритетну роль в історичному процесі людському духовному та інтелектуальному факторам, що є важливим для історії правових учень, оскільки узгоджується з її предметом. На підставі цивілізаційного підходу до типології держав історією правових учень розглядаються правові ідеї представників східних та європейської цивілізацій, східних та західної традицій права.

Важливе значення має зв'язок правової теорії як із конкретними історичними умовами, зі специфікою епохи, панівним або впливовим світоглядом, так і з загальнолюдськими цінностями та ідеалами, вплив на їх формування (аксіологічне значення теорії), її вплив на інші ідеї, доктрини, теорії та державно-правову практику за часів її виникнення, розвитку і сьогодення (інструментальна цінність теорії). При цьому особлива увага звертається на безпосередній або опосередкований вплив теорії на практику правотворчості та державного будівництва.

Історія правових учень забезпечує розширення наукових знань про правові теорії, їх пізнання та пояснення на різних історичних етапах розвитку суспільств і держав і, водночас, визначає формування в суспільстві поглядів на право і державу, що ґрунтуються на всесвітньо визнаних загальнолюдських принципах і цінностях, якими є свобода, рівність, справедливість, гуманізм тощо, виховання сучасної людини в умовах різноманіття ідеологічних і політичних течій, надання їй ключів для самостійного визначення прогресивних напрямів розвитку її суспільного буття. Зазначене обумовлює самостійну значущість історії правових учень як навчальної дисципліни в системі підготовки кваліфікованих юристів.

Зрозуміло, що навчальна дисципліна «Історія вчень про державу і право» відрізняється від наукової. Навчальна дисципліна — це сукупність не всіх, а лише найважливіших, усталених знань про відповідну наукову дисципліну та її головні досягнення. Отже, історія вчень про державу і право (історія правових учень) як навчальна дисципліна, що викладається в юридичних вищих навчальних закладах, є сукупністю найважливіших і найбільш усталених знань про правові теорії (доктрини, вчення). Метою цієї дисципліни є досягнення студентом юридичного вишу високого рівня загальної та спеціальної освіченості, правової культури, професійної правосвідомості, необхідних для задоволення потреб українського суспільства у високоосвічених професіоналах-правниках, виховання майбутнього юриста в умовах різноманіття ідеологічних і політичних течій, надання йому критеріїв для самостійного визначення прогресивних напрямів розвитку його суспільного життя. Як зазначає відомий український історик Г. Демиденко, «важливою передумовою на шляху до правової держави є підвищення теоретичної й професійної підготовки майбутніх правознавців, політологів і управлінців, правової культури народу. І в цьому неоціненну допомогу майбутньому фахівцеві-правознавцю, працівникові правоохоронних органів, юрисконсульту, політичному діячеві, законодавцю, державному службовцю чи юристу приватної фірми або пересічному громадянину України може надати величезна спадщина класичної політико-правової думки, праці теоретиків права і держави, визначних мислителів минулого. У всесвітній і вітчизняній історії вчень про право і державу сконцентровано узагальнений і теоретично осмислений досвід минулих поколінь. Але це не лише історія політико-правових знань, а й випробувані досвідом висновки й уроки вирішення гострих соціальних і політичних проблем, втілення загальнолюдських цінностей, вічних істин та ідей. Цей пізнавальний досвід особливо необхідний нам сьогодні» [11, с. 11].

Автор цієї статті, який вісім років викладав навчальний курс з історії вчень про державу і право майбутнім юристам, на власному досвіді переконався у значущості цієї дисципліни, її важливого місці в системі юридичних дисциплін, суттєвому значенні для актуальних досліджень теорії держави і права та правознавства загалом. Так, наприклад, результати наукових розвідок, що здійснюються автором у сферах теоретичних проблем судової влади, її місця в системі поділу влади, сучасних підходів до розуміння держави та її зобов'язань щодо людини і суспільства, праворозуміння та меж правового регулювання, були б неповними і недостовірними без використання та ретельного аналізу відповідних правових ідей мислителів минулого [12, с. 46–70; 13; 14]. У доповідях і виступах на багатьох наукових заходах автор постійно підкреслює актуальність

і значущість класичної правової думки, інтелектуальної спадщини минулого, необхідність її врахування та використання задля розбудови України як сучасної європейської держави, організації цивілізованих відносин між людиною, суспільством і державою [15; 16].

Не є перебільшенням обґрунтований висновок, що багатьох проблем вітчизняного державного будівництва і дефектів національної правової системи можна було б уникнути чи, принаймні, своєчасно їх виправити, якби у керманців нашої держави, суспільних і державних діячів, політиків та їх наукових радників не забракло розуму, освіченості та здорового глузду почути з минулого голоси видатних мислителів і прислухатися до них. Зокрема, у вирішенні проблем поділу влади та ефективного механізму стримувань і противаг їм слід було б урахувати класичні ідеї Александра Гамільтона, Джеймса Медісона та Джона Джея — авторів блискучих статей «Федераліста» [17], у визначенні дійсного призначення конституційної юстиції та її місця в механізмі стримувань і противаг — звернутися до обґрунтованих висновків фундатора доктрини конституційної юстиції Ганса Кельзена [18], тощо. Нехтування цими ідеями та висновками, до речі, призвело до сумнозвісних рішень Конституційного Суду України 2010 р., руйнації в країні й без того недосконалого конституційного механізму стримувань і противаг — із загальновідомими важкими для держави наслідками і втратами. Уразливим для національної правової системи прикладом очевидного викривлення плідної та соціально значущої ідеї є особливості закріплення в Кримінальному процесуальному кодексі України інституту «суду присяжних» — такого, що за своїм юридичним змістом не має нічого спільного з дійсно важливим, ефективним, апробованим багатовіковою практикою правовим інститутом, яким захоплювались і значущість якого визнавали й обґрунтовували у своїх працях Алексіс де Токвіль [19, с. 223–226], Георг Вільгельм Фрідріх Гегель [20, с. 446–447], Рудольф фон Ієринг [21, с. 346] та інші видатні мислителі. Загалом, у розв'язанні проблем багатостраждальної та надто повільної судової реформи в Україні ще не пізно й конче необхідно використати успішно перевірені суспільною практикою ідеї західної доктрини безсторонньої та незалежної від державного втручання судової влади [22].

Автор постійно використовує здобутки історії правових учень також і в адвокатській практиці, причому в низці випадків безпосередньо — в судових промовах, для обґрунтування правової позиції у складних юридичних справах, особливо адміністративних, які у більшості своїй є практичним відбиттям багатовікового протистояння між верховенством права і державною сваволею, результатом нехтування принципами належного державного управління («*good government*»), неправильної, однобічної інтерпретації публічною владою своїх обов'язків у сфері прав людини. Водночас ці проблеми пронизують усю історію правових учень — від Платона, Арістотеля і Цицерона, через Едварда Коука, Джона Локка і Томаса Джефферсона, до Густава Радбруха, Фрідріха Августа фон Гаєка і Рональда Дворкіна.

Отже, крім методологічної, історія правових учень виконує також і прикладну функцію, допомагає юридичній практиці вирішувати актуальні складні питання соціального життя, виступає провідником ідей видатних мислителів минулого у складному сучасному світі, в якому живуть і творять сучасну політичну історію їх не завжди вдячні нащадки. Як зазначає англійський науковець Роджер Сміт, «Історія права... ілюструє тезу, що у сфері людського буття форми

знання розвинулися пліч-о-пліч з моральними, економічними і політичними реаліями повсякденного життя. Юриспруденція, а в подальшому й соціальні науки як академічні дисципліни розвивались як невід'ємна частина практичного регулювання суспільних відносин. Через це ці дисципліни були націлені на дві іноді протилежні ідеї водночас: бути систематичними й, отже, — науковими, і бути практичними й, отже, — застосовними в конкретних випадках» [23, с. 61].

Історія правових учень є інтелектуальною історією правової ідеології людської цивілізації, тривалого важкого шляху людства до розуміння цінності права і необхідності вивищення особистості над державою, захисту та гарантування останньою прав людини, передовсім невідчужуваних і невід'ємних, поступового усвідомлення суспільством наявності негативних та позитивних зобов'язань держави у цій сфері, обмеженості державного суверенітету цими правами, історією висвітлення та інтелектуального осмислення цього шляху видатними мислителями минулого. Опанування знань, що генерує ця наукова дисципліна, мистецтва їх застосування у професійній діяльності є важливою цивілізаційною вимогою до сучасного українського юриста високого рівня.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Теорія держави і права* : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. — Х. : Право, 2014. — 368 с.
2. *Михайлов А. М.* Генезис континентальной юридической догматики : монографія / А. М. Михайлов. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 496 с.
3. *Мизес Л. фон.* Теория и история: интерпретация социально-экономической эволюции : пер. с англ. / Л. фон Мизес. — Челябинск : Социум, 2009. — 362 с.
4. *Ясперс К.* Смысл и назначение истории : пер. с нем. / К. Ясперс. — М. : Политиздат, 1991. — 527 с. — (Мыслители XX в.).
5. *История политических и правовых учений* : учебник / И. Ю. Козлихин, А. В. Поляков, Е. В. Тимошина. — СПб. : Издат. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2007. — 856 с.
6. *Шартье Р.* Культурные истоки Французской революции : пер. с фр. / Р. Шартье. — М. : Искусство, 2001. — 320 с.
7. *Цицерон Марк Тулій.* Про державу / Марк Тулій Цицерон // Цицерон Марк Тулій. Про державу; Про закони; Про природу богів : пер. з латин. — К., 1998. — 476 с.
8. *Манан П.* Інтелектуальна історія лібералізму : пер. з фр. / П. Манан. — К. : Дух і Літера, 2005. — 216 с.
9. *Миллер Д.* Политические учения: краткое введение : пер. с англ. / Д. Миллер. — М. : Астрель, АСТ, 2007. — 189 с.
10. *Себайн Дж. Г.* Історія політичної думки : пер. з англ. / Дж. Г. Себайн, Т. Л. Торсон. — К. : Основи, 1997. — 838 с.
11. *Історія вчень про право і державу* : хрестоматія для юрид. вищ. навч. закл. і ф-тів / авт.-уклад. Г. Г. Демиденко ; за заг. ред. О. В. Петришина. — 4-те вид., доп. і змін. — Х. : Право, 2009. — 958 с.
12. *Правосуддя*: філософське та теоретичне осмислення : кол. моногр. / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода та ін. ; відп. ред. В. С. Бігун. — К. : Реферат, 2009. — 316 с. — (Бібліотека Міжнар. часопису «Проблеми філософії права»).
13. *Smorodinskiy V.* Legal Positivism in 21st Century: Origins and Prospects / V. Smorodinskiy // Law of Ukraine. — 2011. — № 1. — С. 186–187.

14. *Смородинський В. С.* Верховенство права над державною сваволею як фундамент сучасної цивілізованої правової системи / В. Смородинський, В. Ярмак // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : ст. учасн. Х Міжнар. «кругл. столу» (м. Львів) : у 2 ч. — Львів : Галиц. Вид. Спілка, 2015. — Ч. II. — С. 218–226.
15. *Смородинський В. С.* Образ людини в західній правничій традиції / В. С. Смородинський // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : ст. учасн. Четверт. всеукр. «кругл. столу» (м. Львів, 28–29 листоп. 2008 р.). — Львів : Край, 2009. — С. 274–289.
16. *Смородинський В. С.* Проблема ідентифікації держави: класичні підходи до вирішення / В. С. Смородинський // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : ст. учасн. Міжнар. «кругл. столу» (м. Львів). — Львів : Галиц. друкар, 2013. — С. 475–487.
17. *Гамільтон А.* Федераліст: коментар до Конституції Сполучених Штатів : пер. з англ. / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей. — К. : Сфера, 2002. — 492 с.
18. *Кельзен Г.* Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция) : пер. с фр. / Г. Кельзен // Право и политика. — 2006. — № 8. — С. 5–14; № 9. — С. 5–18.
19. *Токвіль А. де.* Про демократію в Америці : пер. з фр. / А. де Токвіль. — К. : Веселка, 1999. — 590 с.
20. *Гегель Г. В. Ф.* Философия права : пер. с нем. / Г. В. Ф. Гегель. — М. : Мысль, 1990. — 524 с.
21. *Иеринг Р.* Избранные труды : в 2 т. : пер. с нем. / Р. Иеринг. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. — Т. 1. — 618 с.
22. *Смородинський В. С.* Концепт правосуддя в західній правовій традиції / В. С. Смородинський // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : ст. учасн. Шост. всеукр. «кругл. столу» (м. Львів, 3–4 груд. 2010 р.). — Львів : Край, 2010. — С. 577–588.
23. *Смит Р.* История гуманитарных наук : пер. с англ. / Р. Смит. — М. : Издат. дом ГУ ВШЭ, 2008. — 392 с.

Смородинський В. С. Предмет і призначення історії правових учень як наукової та навчальної дисципліни

Анотація. Історія правових учень розглядається як наукова і навчальна дисципліна, що посідає важливе місце серед теоретичних юридичних дисциплін і в системі юридичної науки й освіти в цілому. Її предметом є правові ідеї та цілісні теорії (доктрини, вчення) мислителів минулого, їх зміст, виникнення, розвиток, сучасне наповнення і зв'язки із суспільною практикою. Призначення історії правових учень у системі юриспруденції визначається специфікою її функцій, напрямів досліджень, теоретичним і практичним значенням для науки та суспільної практики. Доводиться вплив правових учень на розвиток державних інститутів. Спираючись на власний практичний досвід викладача й адвоката, автор доводить актуальність правових теорій мислителів минулого, небезпечність нехтування ними, значущість історії правових учень як для теорії держави і права, так і для юридичної практики.

Ключові слова: історія правових учень, юридична наука, теорія держави і права, юридична освіта, правові ідеї, актуальність правових учень, юридична практика.

Смородинский В. С. Предмет и предназначение истории правовых учений как научной и учебной дисциплины

Аннотация. История правовых учений рассматривается как научная и учебная дисциплина, занимающая важное место среди теоретических юридических дисциплин и в системе юридической науки и образования в целом. Ее предметом

являются правовые идеи и целостные теории (доктрины, учения) мыслителей прошлого, их содержание, возникновение, развитие, современное наполнение и связи с общественной практикой. Предназначение истории правовых учений в системе юриспруденции определяется спецификой ее функций, направлений исследований, теоретическим и практическим значением для науки и общественной практики. Доказывается влияние правовых учений на развитие государственных институтов. Опираясь на собственный практический опыт преподавателя и адвоката, автор доказывает актуальность правовых теорий мыслителей прошлого, опасность игнорирования их, значимость истории правовых учений как для теории государства и права, так и для юридической практики.

Ключевые слова: история правовых учений, юридическая наука, теория государства и права, юридическое образование, правовые идеи, актуальность правовых учений, юридическая практика.

Smorodynskyi V. Object and Purpose of the History of Legal Doctrines as a Scientific and Educational Discipline

Summary. The History of legal doctrines is considered to be a scientific and educational discipline, which takes an important place among the theoretical legal disciplines in the system of legal science and education in general. The legal ideas and holistic theories (doctrines, teachings) of the thinker of the past, their maintenance, origin, evolution, current content, and relations these ideas with public practice. The purpose of the history of legal doctrines in jurisprudence is determined by the specificity of its functions, areas of research, theoretical and practical importance for the science and social practice. The influence of legal doctrines on the development of state institutions is established. Drawing on his own experience of a teacher and a lawyer, the author establishes the relevance of the legal theories of thinkers of the past, the risk of ignoring them, the importance of the history of legal doctrines for both the theory of law and the practice of law.

Key words: history of legal doctrines, legal science, theory of state and law, legal education, legal ideas, relevance of legal doctrines, legal practice.

«ФІЛОСОФІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ»: МАТЕРІАЛИ ДО НАВЧАЛЬНОГО КУРСУ



С. МОЇСЕЄВ
*кандидат філософських наук,
доцент кафедри гуманітарних
і соціально-економічних дисциплін
(Новосибірська державна
архітектурно-художня академія, Росія)*



Н. САТОХІНА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



Ю. РАЗМЕТАЄВА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

Філософія прав людини — нова навчальна дисципліна, що тільки починає вивчатись у вищих навчальних закладах різних країн світу (перш за все західних країн). Ще більш новою вона є для країн пострадянських. Курси з цієї дисципліни тут тільки починають викладатись в окремих вузах. Концептуальних розробок та навчальних матеріалів для студентів і викладачів обмаль. Водночас ця проблематика є вкрай актуальною взагалі і для таких, що мають значні проблеми з реалізацією прав людини, пострадянських суспільств зокрема. Важливою спробою змінити ситуацію і зробити внесок у вирішення проблем викладання філософії прав людини став міжнародний проект підвищення кваліфікації вузівських викладачів країн СНД і Східної Європи за напрямком «Філософія

прав людини»¹. Одним із результатів проекту є представлені нижче навчально-методичні матеріали з філософії прав людини — теоретичний вступ до проблематики (основний автор — С. Моїсєєв), методологічні зауваження щодо природи, структури та змісту філософії прав людини як навчальної дисципліни та розгорнута програма курсу (основний автор — Н. Сатохіна), а також література, рекомендована для вивчення (основний автор — Ю. Разметаєва).

Вступ до навчального курсу

Поняття прав людини. Ідея Іммануїла Канта про те, що з людьми слід поводитись як із цілями, як із розумними істотами, що мають свої плани, бажання і потреби, а не тільки як із засобами для досягнення своїх цілей, поважати їх гідність, багато в чому стала підґрунтям для формування уявлень про права людини. Звичайно, у цих уявлень є й інші витoki — зокрема, ідеї природного права. Що таке права людини? Для того, щоб відповісти на це запитання, треба спочатку з'ясувати, що таке права взагалі та які види прав існують.

Відповісти на це питання нелегко, оскільки права — це досить широке поняття, що містить кілька різновидів. Права охоплюють вимоги, повноваження, свободи та імунітети. Права можуть визначатися як можливості, потреби, цінності, домагання чи надбання.

Більшістю прав нас наділяють різноманітні системи правил, від правил будь-якої гри до статутів організацій, але, можливо, найчастіше — законодавство. Дуже багато наших прав — це юридичні права, які ми отримуємо за законом. Однак не всі наші права є юридичними, або інституційними. Деякі права ми маємо, навіть якщо про них нічого не зазначено в законах або у правилах інститутів. Такі права можуть визначатися як природні та (або) моральні, як права людини.

Права людини визначаються різними авторами по-різному. Рональд Дворкін визначає права як «політичні козири в руках індивідів». На підставі прав індивіди можуть вимагати, щоб їм не перешкоджали отримати чи зробити щось, а також відшкодували шкоду у разі порушення таких вимог. Отфрід Ґоффе визначає їх як «суб'єктивні права, на володіння якими може претендувати кожна людина, незалежно від обставин». Тобто визнання цих прав за кожним відбувається без застосування критеріїв гідності й негідності, наявності чи відсутності певних ознак. Петро Рабінович розглядає права людини з точки зору потребового підходу як «певні можливості людини, які необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені обов'язками

¹ Проект здійснювався у 2010–2013 рр. на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені І. Франка під егідою та за фінансування з боку Програми підтримки вищої освіти (*Higher Education Support Program*) «Інституту відкритого суспільства». Керівники проекту — С. Моїсєєв та Д. Кобринський, координатор проекту — Д. Гудима. Автори матеріалів висловлюють щире подяку тим учасникам Проекту, які брали активну участь в обговоренні структури і змісту навчального курсу, зокрема: С. Касаткіну, В. Бігуну, Д. Бочарову, Д. Вовку, О. Уваровій. Ми змогли написати цей текст також завдяки тим знанням, які отримали в ході занять, проведених лекторами проекту: А. Фоллесдалем (Норвегія), П. Бальцеровичем, С. Галковським, Я. Драусом, Я. Мокляком (Польща), Д. Дубровським, Б. Капустіним, М. Карповим, В. Малаховим, В. Малявіним, А. Ореховим (Росія), Б. Зупанчичем (Словенія), Е. Альтманом, К. Веллменом, М. Муром, Д. Таббсом, Х. Херд, Р. Шафер-Ландау (США), І. Жеребкіною, С. Максимовим, П. Рабіновичем, С. Рабіновичем, В. Сегедіним, С. Шевцовим (Україна).

інших суб'єктів». На думку Андрія Полякова, який використовує антрополого-комунікативний підхід, права людини являють собою «єдність легітимованих правових текстів, що охоплюють нормативну поведінку суб'єктів, які діють у власних інтересах, і забезпечені виконанням обов'язків іншими суб'єктами». Вдалою видається дефініція Джоела Фейнберга: «я буду визначати права людини як різновид особливо важливих моральних прав, якими в рівній мірі володіють всі людські істоти, безумовно і незмінно». Подібним чином визначає їх Кіт Веллмен: «Права людини — це індивідуальні моральні права, захисні заходи, необхідні проти звичайних і прямих загроз веденню мінімально гідного людського життя в сучасному суспільстві». Разом з тим, якщо ми робимо акцент не на додержавному характері прав людини, а на їх захисній функції, то їх розуміння зміщується в юридичний бік, тобто в напрямку позитивно визначених прав. Оскільки носії моральних прав можуть тільки апелювати до реалізації відповідних вимог, це змінює сам характер права. Воно просто модифікується в морально підтримані домагання і є «слабким» в тому сенсі, що йому не вистачає конститутивного для права легітимного примусу.

Права людини мають і правові, і моральні властивості. Концепція прав людини базується на кількох основних ідеях. По-перше, це ідея про те, що права людини є універсальними і вкрай необхідними. Універсальні вони тому, що захищають фундаментальні інтереси кожної людини. Украй необхідні — тому що ці інтереси життєво важливі для кожної людини. І правами вони є тому, що являють собою обґрунтовані, правомірні вимоги, які кожна людина може пред'являти державі і суспільству.

Що являють собою конкретно права людини? Відповідно до чинних міжнародних стандартів, держава повинна гарантувати три групи прав суб'єкта:

1. Права на незалежність від влади: свобода віри, свобода віросповідання і свобода совісті, право на особисту свободу, право на придбання і недоторканність приватної власності, свобода пересування територією держави, таємниця і недоторканність листування, свобода слова і свобода думки та об'єднання, право на недоторканність житла, свободу вибору професії і т. ін. Це «права свободи», «права громадянських свобод», «громадянські свободи і права».

2. Права на участь у владі — «політичні свободи і права» громадян: активне і пасивне виборче право, право брати участь в управлінні справами держави, право особисто звертатися до державних органів та органів місцевого самоврядування і т. ін.

3. Економічні, соціальні та культурні права. Вони є правами на соціальну допомогу з боку державної влади. Ця група прав характеризує правову державу новітнього періоду: право на освіту, свободу будь-якої творчої діяльності, право на інтелектуальну власність, право на вільне використання своїх здібностей і майна, право на соціальну безпеку і захист в умовах безробіття, право на сприятливе навколишнє середовище, право на охорону здоров'я та медичну допомогу, право на життя, гідне людини, і т. ін.

Зауважимо, що довгий час як права людини фігурували тільки права громадянські та політичні. Уявлення про економічні, соціальні і культурні права, так звані «права другого покоління», виникають пізніше, у XIX–XX ст., а реалізуються на практиці вони лише у XX ст. Прийняття ідеї «прав другого покоління» в західних країнах зустріло великий опір, і навіть зараз для багатьох західних мислителів характерне досить скептичне ставлення до соціально-економічних і

культурних прав. У будь-якому разі у західній традиції громадянським і політичним правам надається перевага. Наприклад, Джон Ролз у своєму основоположному маніфесті лібералізму ХХ ст. «Теорія справедливості» говорить про «лексичний пріоритет» громадянських і політичних прав і свобод, тобто жодні компроміси, обмеження їх в ім'я економічної ефективності і т. ін. неприпустимі.

Права людини і корисність. Ідея прав людини є протилежною теоріям утилітаризму. Права людини часто виступають протиположною корисності. Можливо, більше користі буде, якщо вбити людину і використувувати її органи для порятунку п'яти людських життів. Але у неї є право на життя, і цим доводи про корисність виключаються. Якщо одна людина займається вивченням давньохетської мови, а інші — важливими медичними дослідженнями, утилітаризм зажадав би від першої людини (якщо вона може принести там якусь користь) залишити свої дослідження і приєднатися до медичного проекту (а якщо вона не захоче, то примусити її силою). Але якщо у людей є право мирно займатися своїми справами, які не завдають шкоди іншим, ставити свої цілі в житті і реалізовувати їх, то це неприпустимо. Права людини встановлюють деякі межі того, що суспільство може зробити зі мною, і того, що я можу вимагати від інших.

Чому ми всі маємо права людини? Часто постає питання про те, чому ці права належать всім людям рівною мірою? Чому не в першу чергу людям гідним? Виходить, що концепція прав людини вимагає від нас поводитись однаково і з гідними людьми, і з мерзотниками, і з серійними вбивцями? Як вказує Дж. Фейнберг, для того, щоб оцінити, наскільки революційною була ідея загальних і рівних прав людини, досить згадати, як виглядали європейські суспільства до її утвердження в житті після англійської та французької революцій. За феодалізму існували спадкові стани, кожний з яких мав свій правовий статус і свої особливі права та обов'язки. Отже, «права людини, як революційна ідея, асоціювалися з ідеєю суспільства одного статусу, де права високопоставлених і сильних обмежуються правами всіх людей, виведеними з їх "статусу" людських істот». Як зазначає Грегорі Властос, доктрина універсальних і рівних прав людини передбачає поняття універсальної та рівної цінності людей, і цим вона неминуче відрізняється від концепції достоїнств і заслуг, які у всіх різні. «Якщо я бачу чужинця, який тоне, — пише Г. Властос, — навряд чи я буду задавати собі питання щодо його морального характеру, перед тим, як прийти на допомогу... Мій обов'язок тут виникає по відношенню до людини, до будь-якої людини в такій ситуації, не до хорошої людини». Цей приклад показує, що ми надаємо цінність будь-якому людському життю, незалежно від якостей людини. Є багато інших прикладів такого роду: «Бути щирим, надійним, чесним, толерантним, ненав'язливим, скромним в моїх відносинах з людьми я повинен не тому, що вони заслужили високих або задовільних моральних оцінок, але просто тому, що вони — члени морального співтовариства... Наша моральність не передбачає можливості моральних покидьків або нижчих каст. Вона передбачає покарання, але воно здійснюється в рамках морального співтовариства і за його правилами. З цієї причини, наприклад, немає права бути жорстоким з жорстокою людиною. Її злочин проти морального закону не поставив її поза цим законом. Вона, як і раніше, захищена заборонаю жорстокості — так само як і добра людина... Навіть смертна кара не є винятком. Те, що людина засуджена на смерть, не дає їй тюремникам права бити її або гідним громадянам — лінчувати її» (Дж. Фейнберг).

Права людини і незахідні суспільства. Ідея і практика прав людини виникли на Заході, і в основу їх покладені західні цінності. Тому перспективи прийняття їх іншими суспільствами та культурами є дискусійними і викликають великий сумнів у багатьох авторів. Іноді стверджують, що права людини глибоко чужі всім незахідним цивілізаціям. Відповідно, спроби впровадити їх там є проявами культурного імперіалізму Заходу, який руйнує незахідні суспільства. Так стверджують навіть деякі західні автори, прихильники філософії комунітаризму (наприклад, Чарльз Тейлор). Вони дотримуються ідеї культурної специфічності розуміння справедливості і прав людини і, відповідно, відсутності підстав для універсального стандарту прав людини та універсального міжнародного режиму прав людини. Оскільки кожна спільнота сама визначає, що є благо, і благо має пріоритет над правом, «універсальні права людини» насправді є вираженням лише західних цінностей, які не повинні нав'язуватися іншим суспільствам. Звідси підтримка комунітаристами суверенітету національних держав, критика «гуманітарних інтервенцій» та інших вторгнень ззовні, а іноді навіть заборона критики інших культур. Міжнародні організації повинні лише координувати комунікацію між державами щодо прав людини, але розуміння і реалізація їх залишаються справою окремих суспільств.

Особливі побоювання щодо прав людини висловлюють представники тих суспільств і культур, де високо цінуються солідарність і колективізм. Побоювання тут полягають у тому, що глибоко індивідуалістична за своєю сутністю ідея прав людини ці традиційні цінності зруйнує. У цьому дусі висловлювалися багато керівників країн Східної Азії, яким, як вважається, притаманні саме колективістські цінності. Вони нерідко стверджували, що права людини «культурно специфічні (релятивні)». Права виникають у певному соціальному, економічному і культурному контексті. Ті умови, які сприяли інституціоналізації прав людини на Заході, відсутні в Азії. Наприклад, у присвяченій проблемі прав людини китайській «Білій книзі» 1991 р. було заявлено¹, що «завдяки величезним відмінностям в історичному минулому, соціальних системах, культурній традиції та економічному розвитку, країни різняться у своєму розумінні і практиці прав людини». У Бангкокській урядовій декларації, схваленій в 1993 р. на азіатській підготовчій нараді до Віденської всесвітньої конференції з прав людини, зазначалося, що «права людини повинні розглядатися в контексті динамічного і такого, що розвивається, процесу міжнародного законодавства, враховуючи важливість національних і регіональних особливостей та різних історичних, культурних і релігійних традицій».

По-друге, декларується, що важливість спільноти в азіатській культурі, та перевага, яка надається їй перед індивідом, несумісна з перевагою особистості перед суспільством, на якій заснована західна ідея прав людини. Взаємовідносини особистості і суспільства становлять ключову відмінність азіатських і західних цінностей. Офіційна декларація уряду Сінгапуру під назвою «Спільні цінності» (1991) констатувала, що «акцент на співтоваристві є ключовою цінністю для виживання Сінгапуру». Права людини і правова держава, згідно з «азіатською» точкою зору, є індивідуалістичними за природою і тому руйнівними для соці-

¹ Далі формулювання офіційних документів східноазійських країн цитуються за: Моїсєєв С. «Азиатские ценности» и права человека: некоторые теоретические аспекты дискуссии [Електронний ресурс] / С. Моїсєєв. — Режим доступу : <http://www.philology.ru/marginalia/moissev2.htm>.

альних механізмів Азії. Зростання кількості насильницьких злочинів, безпритульності, розлучень та наркоманії наводиться як свідчення того, що західний індивідуалізм (особливо в його американській версії) зазнав краху.

По-третє, оголошується, що азіатські суспільства ставлять соціальні й економічні права і «право на економічний розвиток» вище за політичні і громадянські прав індивідів. У китайській «Білій книзі» 1991 р. стверджувалося, що «наїстися досхочу і тепло одягнутися — фундаментальні вимоги китайського народу, який довго страждав від холоду і голоду». З цієї точки зору, політичні і громадянські права не мають сенсу для бідних і неписьменних мас; такі права нічого не варті в умовах нужденності і нестабільності. Наприклад, право робітників створювати незалежні профспілки не є настільки нагальним, як стабільність та ефективне виробництво. Тут неявно мається на увазі те, що, як тільки базові потреби людей будуть задоволені — вони будуть нагодовані, одягнені і отримують освіту, а соціальний порядок буде стабільним, можна буде дозволити їм розкіш політичних і громадянських прав. До цього часу економічний розвиток буде більш успішним, якщо керівництво збереже можливість обмежувати ці права в ім'я політичної стабільності.

І по-четверте, йдеться про те, що права людини — внутрішня справа кожної країни, в яку не повинні втручатися інші держави або міжнародні організації. У китайській «Білій книзі» 1991 р. було заявлено, що «питання про права людини є суверенною справою кожної країни». У 1995 р. влада Китаю підтвердила свою незгоду з «гегемоністськими актами деяких держав, що використовують подвійні стандарти для прав людини інших країн... і нав'язують власну модель іншим, або втручаються у внутрішні справи інших держав, використовуючи «права людини» як привід. Спроби Заходу застосовувати універсальні стандарти прав людини до країн, що розвиваються, на думку прихильників «азіатських цінностей», є прикриттям культурного імперіалізму і спробами завадити їхньому розвитку.

Подібна точка зору висловлюється також низкою російських авторів і суспільно-політичних сил, зокрема, представниками Російської православної церкви.

Прихильники прав людини як на Заході, так і на Сході, піддали ці твердження критиці. Дійсно, «виник на Заході» ще не означає «неприйнятний для Сходу». Те, що багато мешканців Заходу з ентузіазмом опановують східні духовні вчення, показує, що взаємопроникнення і засвоєння досягнень інших цивілізацій цілком можливе. Права людини захищають фундаментальні інтереси людей, які повинні знаходити відображення в цінностях всіх суспільств (наприклад, право на життя). Права захищають людину від держави. Вони також здатні бути об'єднуючою суспільною силою, засобом подолання конфліктів на рівні відносин між окремими індивідами, їх групами та державою. Насамкінець, права людини можуть виступати як підстави порозуміння різних культур, оскільки вони наділяють кожного суб'єкта комунікації заздалегідь відомими характеристиками носія певного переліку загально визнаних прав.

Принцип прав людини, як пише Джек Донеллі, базується на ідеї, що люди напевно краще за будь-кого іншого здатні, і в будь-якому випадку мають право, обирати для себе гарне життя. Якщо азіати цінують сім'ю більше, ніж самих себе, вони здійснюватимуть особисті права, пам'ятаючи про значення сім'ї. Якщо вони цінують гармонію і порядок більше, ніж свободу, вони будуть здій-

снювати свої громадянські свободи гармонійно й організовано. Такий вибір слід поважати. Але лише доти, доки залишається можливість вибору.

Права втілюють цінності, що вважаються загальнолюдськими, перш за все, свободу, рівність, справедливість. Деякі автори намагаються продемонструвати, що між західними і східними цінностями відсутня така вже велика різниця. Багато з названих вище азійських цінностей, таких як працьовитість, дисципліна, освіта, сім'я і спільнота є також цінностями, властивими і Заходу (пор., наприклад, з протестантською етикою). Зміцнення їх входить до програм політичних партій західних країн (насамперед консервативних). Існують дослідження, які намагаються продемонструвати, що в культурах країн Азії є всі підстави для прийняття та підтримки цінностей індивідуалізму, свободи, демократії та прав людини в універсальному (західному) розумінні. Демократія та права людини мають своє коріння і в незахідних культурах та можуть успішно функціонувати в азійських країнах. Прикладом цьому є Індія, Японія, Тайвань і Південна Корея. Права людини універсальні в силу універсальності фундаментальних людських інтересів, забезпечення яких вони гарантують. Таких, наприклад, як можливість не зазнавати фізичного насильства. У якій би культурі людина не жила, тортури від цього не стають менш болісними. Страждання не релятивне — цього не враховують деякі релятивісти.

Чи означає це, що вимоги особливого режиму прав людини і твердження про культурну специфічність цих прав повністю необґрунтовані? Ні, не означає. Універсальність прав і культурна специфічність їх реалізації сумісні. Здається, що тільки найбільш поверхові та прямолінійні прихильники універсальних прав людини можуть не бачити того, що при їх реалізації необхідно враховувати історичний і культурний контекст. Як приклад, можна згадати, що право на свободу слова допускає проведення демонстрації нацистів із фашистською символікою в США, де фашисти завжди були не більше ніж маргінальною групою. Але така ж їх хода в Європі єврейськими кварталами є абсолютно неприпустимою. Деякі «помірковані» східноазійські комунітаристи справедливо вказують на те, що:

1) культурні чинники можуть впливати на пріоритетність прав, зокрема, у разі їх конфлікту або вирішення питання про те, на імплементацію яких прав у першу чергу витратити обмежені ресурси (мешканці США будуть більш схильні пожертвувати соціальним або економічним правом у разі його конфлікту з правом громадянським або політичним, а китайці схильні вчинити навпаки. Східноазійські суспільства з їх конфуціанським спадком, високо цінують освіту, що пояснює їх великі витрати на реалізацію права на освіту порівняно із суспільствами, близькими за рівнем соціально-економічного розвитку);

2) культурні чинники можуть впливати на обґрунтування прав. Це обґрунтування буде кращим, якщо апелюватиме не до абстрактного позаісторичного універсалізму, а до конкретних прикладів і аргументативних стратегій, що застосовуються у «місцевих» морально-політичних дебатах. Наприклад, у Східній Азії така аргументація часто апелює до цінності спільноти, і одним із доводів прихильників демократичних прав у Сінгапурі є те, що вони сприятимуть зміцненню сім'ї та держави;

3) культурні фактори можуть створити моральні підстави для інших, відмінних від західних, політичних практик та інститутів, спрямованих на реалізацію тих чи інших прав (особливі закони або заходи практичної політики, спря-

мовані на підтримку турботи дітей про старих батьків, що вважається вкрай важливим обов'язком у конфуціанських суспільствах, пропозиції щодо створення спеціальних законодавчих або контрольних інститутів, що базуються на східно-азіатських традиціях).

Амітаї Етционі спробував сформулювати модифіковану версію комунітаризму, що отримала назву «неокомунітаризму» або «чутливого комунітаризму» (*responsive communitarianism*). Своїми адептами неокомунітаризм мислиться як синтез комунітаризму та лібералізму. Головною його ідеєю є необхідність компромісу, знаходження балансу між автономією та індивідуальними правами, з одного боку, і загальним благом — з другого. Будучи конкуруючими моральними принципами, і те, і інше є ключовою цінністю і нормативною підставою суспільства, та жоден з цих елементів не повинен домінувати над іншим. Реальні суспільства можуть відхилитися у бік або концентрації на загальному блазі та недостатньої уваги до захисту прав, або навпаки. Так, на думку А. Етционі, японське суспільство сильно схильне до реалізації загального блага і недостатньо захищає права жінок, етнічних меншин та інвалідів, а Сполучені Штати надають надмірне значення індивідуальним правам. Потрібно прагнути «зрушувати» такі суспільства ближче до центру. Прикладом найкращої реалізації на практиці турботи як про права, так і про загальне благо, є скандинавські країни. Неокомунітаристи розробляють теоретичні принципи і заходи практичної політики, спрямовані на знаходження балансу прав і загального блага, там, де між ними існують конфлікти, або шляхів їх взаємного доповнення. Така теоретична позиція видається досить переконливою. До того ж, конфлікти тлумачення, відсутність повсюдного і однакового втілення конкретних прав не суперечать універсальності прав людини як загальної ідеї та можливого майбутнього.

Філософія прав людини як спосіб існування прав людини. Артур Кауфман відзначає, що людина розвивається не так, як інші живі істоти, які суто об'єктивно перебувають у часі, але людина має бути, «вона має завдання: здійснити себе у часі і з часу, щоб стати тим, що як можливість є в ній... Історія є тим виміром, у якому вона повинна прийти до своєї сутності». На думку А. Кауфмана, спосіб буття людей відповідає способу буття речей, заснованих у людському бутті. Тому право є історичним в аналогічному людині сенсі: воно має постійно здійснюватись, щоб прийти до самого себе. Мислитель підкреслює, що не існує готового права, але у всі часи відбувається його становлення. І в цьому сенсі права людини виявляються не зведенням правил або принципів; відбуваючись у правовідносинах, вони завжди є динамічними та процесуальними, перебуваючи таким чином у постійному становленні та реінтерпретації. Тому невсучаючі дебати навколо прав людини так, мабуть, ніколи і не вщухнуть, не тільки і не стільки під впливом політичних факторів, а в силу самої природи цього феномену, зокрема відкритості прав людини як наслідку відкритості людини як такої.

Так, з одного боку, права людини завжди претендують на універсальність, а з другого — «все ж залишається підозра, що вони — усього лиш плід культурної історії Заходу з її релігійними війнами і кропітким та таким, що ніколи не припиняється, навчанням толерантності» (Поль Рікьор). Водночас саме у таких дискусіях і відтворюється правова реальність. Цей перманентно відтворюваний світ права ґрунтується на ідеї належного, яка й вимагає дискурсу, на протигагу світу природи, який тотожний самому собі, і в якому людина не залучена до постійного обміну думками. Позбавлення ж людини можливості вільної кому-

нікації редукує її досвід до задоволення біологічних потреб. Поза світом права людині залишається лише війна за існування, в якій одна соціальна спільнота протиставляє себе іншій за принципом «друг» — «ворог». Таким чином, із спільності народів, яка долає «природний стан» (війни) між державами, ми потрапляємо у сферу реалполітики з її орієнтацією на власні прагматичні інтереси, яка не залишає місця ані універсалістській ідеї, ані правам окремих спільнот. Відповідно, права людини залишаються такими лише доти, доки вони є предметом дискусії; коли ж вони перетворюються на теоретичну догму, вони позбавляються своєї власне правової сутності, і дійсно заслуговують на характеристики культу (Майкл Ігнат'єфф) або нового фундаменталізму (Славою Жижек), якщо останній, слідом за Юргеном Габермасом, розуміти як духовну установку, що наполягає на політичній реалізації власних переконань навіть в тому випадку, коли вони не сприймаються як загальні, ігноруючи таким чином епістемологічну ситуацію світоглядного плюралізму в суспільстві. Перефразуючи Роберта Алексі¹, можна сказати, що існування прав людини полягає в їх обговоренні, і ні в чому іншому. І в цьому сенсі філософія прав людини постає як спосіб їх існування і відтворення, безперервна динаміка конституювання прав, що не даються раз і назавжди, а мусять переформулюватися і переустановлюватися. Таким чином, можна погодитись з Євгеном Булігінім, який стверджує, що права людини не є даностями, а являють собою «тендітне і тому особливо цінне досягнення людства», з тією тільки різницею, що прихильник жорсткого позитивізму Є. Булігін акцентує увагу на ролі законодавця в інституюванні прав людини, тоді як для нас цікавішим є момент конституювання прав у дискурсі.

Філософія прав людини як навчальна дисципліна. Отже, чи можливе викладання прав людини, і якщо так, то в якій формі воно може бути здійснене? Це питання тільки на перший погляд видається риторичним, насправді ж потребує відповіді і має виключно практичне значення. Адже, наприклад, в Україні подібних курсів у юридичних вищих навчальних закладах майже не існує, як і не існує жодного комплексного видання українською мовою, присвяченого філософії прав людини, окрім однойменної ґрунтовної збірки сучасних філософів за редакцією Штефана Госепата та Георга Ломанна, яка знайомить українського читача з досягненнями сучасної світової філософії прав людини і становить радше приємний виняток.

Вочевидь, у силу своєї рефлексивності, філософія посідає особливе місце у навчальному процесі, адже не становить систему знань, яку можна було б передати іншим і таким чином навчити їх. Тому і осмислення прав людини виявляється можливим як досвід не пізнання (аналогічний пізнанню у природничих науках), а розуміння (спрямований на контекстуальне дискурсивне обговорення цінностей), тобто досвід у власному сенсі слова, який є чимось більшим, ніж пізнання. Цікавим у цьому контексті видається поняття «наставництва» у Річарда Рорті, яким він позначає неklasичний спосіб філософствування, що має справу з аномальним дискурсом, коли конвенції втрачають сенс. У свою чергу, з огляду на унікальність правових ситуацій, в яких і розкривається смисл прав людини, праволюдний дискурс постає саме як дискурс аномальний, а дійсно правова освіта виявляється тільки й можливою у формі наставництва як

¹ Р. Алексі зазначає: «Існування прав людини полягає в їх обґрунтованості, і ні в чому іншому».

спільного віднаходження правових смислів. Ґрунтовані у людській свободі, права людини не можуть бути нав'язані авторитарно, їх можна тільки вільно обрати. Освіта ж тут виявляється способом буття і пізнання водночас (одночасної реалізації прав та їх осмислення), а єдиною можливою її формою виявляється відкрита і вільна дискусія щодо прав людини.

Орієнтовна програма навчального курсу

Тема 1. ФІЛОСОФСЬКИЙ СЕНС І ОБҐРУНТУВАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ

1.1. Феномен прав людини. Права людини як вид прав. Негативні свободи («*status negativus*»), позитивні права участі («*status activus*») і соціальні права («*status positivus*»). Ліберальний і соціалістичний підходи до розуміння феномену прав людини. Права людини як моральні права або як юридичні права. Природні і позитивні права. Природні права і права людини. Поняття і ознаки прав людини. Структура прав людини. Носії, адресати і зміст прав людини. Типи прав людини: вимоги, свободи, повноваження, імунітети (В. Гофельд). Права людини і права громадянина. Права і обов'язки як два модуси права. «Вродженість», «священність» і «невідчужуваність» прав людини.

1.2. Обґрунтування ідеї прав людини. Існування прав людини: теоретичне і практичне значення питання. Чи можливе обґрунтування прав людини: скептичний і нескептичний підходи. Скепсис щодо існування прав людини (І. Бентам, А. Макінтайр). Підходи до обґрунтування прав людини: абсолютне обґрунтування (К.-О. Апель, А. Гевірт, О. Ґоффе) та відносне обґрунтування (Дж. Ролз, Ю. Габермас, Р. Алексі). Антропологічна основа прав людини: людська гідність, біологічна природа, автономія особистості, раціональність? Обґрунтування прав людини з позицій максимальної і мінімальної антропології. Права людини як взаємне забезпечення дієздатності. Моральний підхід до обґрунтування прав людини через «трансцендентальний обмін» (О. Ґоффе). Права людини як основа права. Суверенітет народу і права людини як принципи легітимації правопорядку (Ю. Габермас). Релігійний, соціо-біологічний, інтуїтивістський, консенсусний, інструментальний, культурний підходи до обґрунтування прав людини. Експлікативно-екзистенціальне обґрунтування прав людини (Р. Алексі). Чи потрібне обґрунтування прав людини: прогресивний і регресивний маршрут думки (П. Рікьор).

Тема 2. СВОБОДА, РІВНІСТЬ, СПРАВЕДЛИВІСТЬ ТА ПРАВА ЛЮДИНИ

2.1. Свобода людини та її межі. Свобода як цінність. Свобода зовнішня і внутрішня. Фактична і юридична свобода. Свобода позитивна і негативна (І. Берлін). Людина як свобода. Свобода як умова можливості і причина необхідності прав людини. Суб'єктивне право і його межі: класичний лібералізм (принцип шкоди), патерналізм і юридичний моралізм. Фундаментальне право на свободу і похідне право бути вільним від неправомірно мотивованого законодавства. Застосування базового права на свободу. Чи існує абсолютна свобода? Чи існують абсолютні права? Межі свободи і межі прав людини. Конфлікти прав і способи їх вирішення.

2.2. Ідея рівності. Рівність як основа прав людини. Уявлення про рівність у різні історичні періоди. Теорії рівності і обґрунтування нерівності. Поняття можливості в концепції рівності. Егалітаризм і дистрибутивна рівність (Дж. Раз). Ідея моральної рівності. Ліберальна рівність. Рівність і необхідні відмінності. Рівність як базова цінність (Р. Дворкін). Соціальні і природні нерівності. Рівність юридична. Рівність формальна (рівність можливостей) і фактична (рівність результатів). Принципи диференціації і позитивної дискримінації. Свобода і рівність: конфлікт або компроміс? Економічна нерівність і нерівність статусів (У. Кімліка) у світлі концепції прав людини.

2.3. Справедливість і права людини. Справедливість як цінність. Права людини як основа справедливості. Свобода і справедливість. Справедливість і рівність. Справедливість і солідарність. Справедливість в умовах плюралізму: толерантність. Ідея глобальної справедливості.

Тема 3. ГЕНЕЗИС ІДЕЇ ПРАВ ЛЮДИНИ

Міжкультурна схожість: ідея людської гідності і боротьби проти несправедливого панування як передісторія ідеї прав людини. Роль християнства у формуванні концепції прав людини. Права людини в ісламі. Права людини в буддизмі. Права людини в конфуціанстві.

Утвердження ідеї людської гідності в епоху Середньовіччя і Ренесансу.

Права людини в контексті юридичного світогляду Нового часу. Концепція прав людини у традиції природного права (Г. Гроцій, Т. Гоббс, Дж. Локк, Б. Спіноза, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, Т. Пейн). Концепція «суспільного договору» і права людини. Ідея автономії особистості і моральне обґрунтування прав людини. Моральна філософія Канта як важлива стадія формування ліберального підходу до прав людини. Деонтологічні та консеквенціалістські теорії прав людини. Ранні критики прав людини.

Основні підходи до прав в західній моральній, правовій і політичній філософії ХХ ст. Ю. Габермас, Г. Л. А. Гарт, Р. Дворкін, Р. Нозік, Дж. Раз, Дж. Ролз, Дж. Фейнберг, Дж. Фінніс, Лон Л. Фуллер про права.

Ідея прав людини у вітчизняній інтелектуальній традиції. С. Дністрянський, М. Драгоманов, Б. Кістяківський, П. Новгородцев, В. Соловійов, І. Франко, П. Юркевич про права.

Законодавче закріплення прав людини у міжнародно-правових актах та законодавстві окремих країн.

Теорія поколінь прав людини. Сучасний каталог прав людини.

Тема 4. СУЧАСНИЙ ДИСКУРС ПРАВ ЛЮДИНИ

4.1. Філософія прав людини у ХХІ столітті. Основні підходи до обґрунтування прав людини і розуміння їх змісту у працях сучасних провідних теоретиків прав людини. Основні проблеми сучасної філософії прав людини.

4.2. Критика теорії і практики прав людини. Методологічне значення діалогу морального універсалізму і морального релятивізму для інтерпретації ідеї прав людини. Чому відбувається знецінення прав людини і чи можливо його зупинити? Причини скепсису відносно прав людини. Позитивістська інтерпретація прав людини (Г. Л. А. Гарт, Дж. Раз, Є. Булігін). «Ліва» критика прав людини: марксизм (С. Жижек), реформістський соціалізм (Т. Маршалл), анти-

колоніалізм (Ф. Фанон). Права людини як фікція, заснована на фікції рівності. Критика прав людини як критика капіталізму. Несвобода вибору. Критика прав людини «справа»: комунітаризм (Ч. Тейлор, А. Макінтайр). Співвідношення права і блага. Критика прав людини як критика ліберального індивідуалізму. Феміністська критика прав людини (С. Бенхабіб). Постфемінізм. Мультикультуралізм як факт культурної різноманітності, як дискурс і як альтернатива ліберальному егалітаризму (Б. Парек, О. Радтке). Екологістська критика прав людини: від енвіронменталізму до радикального екологізму як антигуманістичної теорії. Права людини vs права природи (Г. Йонас). Незахідні підходи до прав людини. Регіональні декларації прав людини. «Азіатські цінності» і права людини. Ісламський підхід до прав людини. Права людини в політичній культурі Індії. Критика незахідних концепцій прав людини.

4.3. Проблема колективних прав людини. Права людини: колективні чи індивідуальні? Права «третього покоління» і відповідальність світової спільноти. Меншини в теорії і практиці прав людини. Поняття «дискримінації». Феномен рабства. Поняття «расизму». Неорасизм. Сучасна критика расизму (Ж. Бодрійяр, М. Фуко, У. Еко). Виникнення ідеї колективних прав як реакція на геноцид і масову дискримінацію за расовою, етнічною, конфесійною, статевую та іншими ознаками. Закріплення ідеї особливих прав групи на захист своїх інтересів і реалізацію специфічних прав. Групи з особливими правами. Критика групових прав: дискусія між «ліберальними індивідуалістами» і «ліберальними культуралістами» (В. Кімліка, Дж. Валдрон). Академічні, громадські і політичні дебати щодо мультикультуралізму. Історична пам'ять і права людини. Пам'ять і забуття. Толерантність, визнання, справедливість, розуміння, взаєморозуміння, примирення і досвід прощення в контексті порушень колективних прав людини у ХХ–ХХІ ст.ст.

4.4. Права людини і права дитини. Чи існують права дитини? Права людини і права дитини. Феномен дитинства в історії людства і його осмислення. «Виникнення» і «зникнення» дитинства (Н. Постман). Персоналістська і постмодерністська парадигми прав дитини. Сучасні дискусії щодо прав дитини: проблема ювенальної юстиції.

4.5. Сучасні дебати щодо окремих видів прав та їх класифікації. Право на життя і право на смерть. Постгуманізм і біоетика. Соматичні права як вид особистих прав людини і етико-юридична проблема. Право розпоряджатися власним тілом. Репродуктивні права. Інститут сурогатного материнства в контексті прав людини.

Екологічна загроза і право на безпечне довкілля.

Проблема соціально-економічних прав. Соціально-економічні vs фундаментальні права людини. Ліберальні права як вид прав людини. Ліберальна і соціалістична перспективи у розвитку прав людини.

Сучасна проблематика політичних прав. Громадянські і політичні права. Права людини vs публічні (державні) інтереси. Право на повстання і опір гнобленню.

Свобода слова. Мовне насильство. Мова ворожнечі. Сучасні проблеми свободи совісті та віросповідання. Релігійна рівність. Свобода віросповідання і свобода слова. Критика релігії та образа релігійних почуттів. Право на атеїстичну пропаганду. Права людини в інтернет-просторі. Права людини і проблематика інтелектуальної власності. Сучасна критика концепції авторських прав.

4.6. Права людини у світі, що глобалізується. Методологічне значення універсалізму і контекстуалізму для осмислення феномену прав людини. Право на іншість. Культурні розбіжності, реальні чи уявні. Етнотика і універсалістська макротика: протиріччя чи доповнюваність? (К.-О. Апель) Культуралізація політики. Принцип толерантності і його критика. Права людини та інститут громадянства. Національні режими прав людини. Права мігрантів і корінного населення в контексті стандартів прав людини. Міжнародне право прав людини: основні стандарти та інститути, проблеми їх ефективності. Права людини і легітимність міжнародних інститутів. Чи є права людини інструментом нового колоніалізму? Права людини і світова бідність. Права людини і демографія. Дискусія про глобальну справедливість. Право на розвиток. Права людини як моральні вимоги до глобальних інституцій (Т. Порте).

Тема 5. НАСИЛЬСТВО І ПРАВА ЛЮДИНИ (ПОРУШЕННЯ І ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ)

Теорії насильства та ідея ненасильства. Насильство і права людини. Насильство суб'єктивне і об'єктивне. Поняття «надзвичайного стану» в західній політичній філософії і права людини (В. Беньямін, К. Шмітт, Дж. Агамбен).

Поняття і класифікація порушень прав людини у сучасному світі. Головні причини порушень прав людини. Моральна, політична, кримінальна і метафізична відповідальність за порушення прав людини: підстави, умови, мета, суб'єкт і адресат (К. Ясперс). Дотримання прав людини у збройних конфліктах. Міжнародне гуманітарне право. Міжнародні трибунали і проблема їх легітимності.

Юридичний і неюридичний захист прав людини. Національні і міжнародні механізми захисту прав людини і проблема їх легітимації. Основні соціальні форми і стратегії неюридичного захисту прав. Радикальні форми захисту прав. Чи можна захистити права людини шляхом насильства? Права людини, тероризм і проблема тортур. Проблема миротворчості. Гуманітарна інтервенція: умови легітимності та межі.

Тема 6. ФУТУРОЛОГІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ

Чи можлива альтернатива правам людини: футурологічний етюд. Права людини і релігія у постсекуляризованому світі: альтернатива або синтез? Науково-технічний прогрес і перспектива розширення кола суб'єктів прав. Трансгуманізм і права людини: етичні та юридичні аспекти трансформації людини. Проблема клонування в контексті прав людини. Права людини в умовах можливої глобальної катастрофи. Каталог прав людини в контексті глобальних загроз: розширення або звуження? Феномен колонізації життєвого світу правом і права людини: подальша юридизація або деюридизація? (Ю. Габермас) Тривожні інтуїції в мистецтві. Антиутопічний образ прав людини.

РЕКОМЕНДОВАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Агамбен Дж. Homo Sacer. Суверенная власть и голая жизнь / Дж. Агамбен. — М., 2011. — 256 с.; Homo Sacer. Чрезвычайное положение. — М., 2011. — 148 с.; Homo Sacer. Что остается после Освенцима: архив и свидетель. — М., 2012. — 192 с.

2. *Алексі Р.* Існування прав людини / Р. Алексі // Право України. — 2011. — № 8. — С. 121–130.
3. *Антропологія права: філософський та юридичний виміри* : статті учасників міжнародних круглих столів. — Львів, 2006. — 320 с.; 2007. — 340 с.; 2008. — 344 с.; 2009. — 440 с.; 2010. — 696 с.; 2011. — 572 с.; 2012. — 612 с.; 2013. — 596 с.; 2014. — 332 с.
4. *Апель К.-О.* Етноетика та універсалістська макроетика: суперечність чи доповнювальність / К.-О. Апель // Комунікативна практична філософія. — К., 1999. — С. 355–371.
5. *Арендт Х.* Истоки тоталитаризма / Х. Арендт. — М., 1996. — 672 с.
6. *Бачинин В. А.* Морально-правовая философия / В. А. Бачинин. — Х., 2000. — 208 с.
7. *Бенхабیب С.* Притязання культури. Равенство и разнообразие в глобальную эру / С. Бенхабیب. — М., 2003. — 350 с.
8. *Берлин И.* Два понимания свободы / И. Берлин // Философия свободы. Европа. — М., 2011. — С. 122–185.
9. *Бенуа Ален де.* По ту сторону прав человека. В защиту свобод / А. де Бенуа. — М., 2015. — 144 с.
10. *Беньямін В.* Щодо критики насильства: статті та есеї / В. Беньямін. — К., 2012. — 312 с.
11. *Бигун В. С.* Человек в праве: кинематографический образ прав человека (философско-правовой очерк и фильмография). Учебное пособие для чтения и просмотра фильмов; материал для дискурса / В. С. Бигун. — Страсбург, Киев, 2011. — 40 с.
12. *Булыгин Е.* К проблеме обоснования прав человека / Е. Булыгин // Проблемы философии права. — 2006–2007. — Т. IV–V. — С. 149–152.
13. *Глухарева Л. И.* Права человека в современном мире (социально-философские основы и государственно-правовое регулирование) / Л. И. Глухарева. — М., 2003. — 304 с.
14. *Гоббс Т.* Сочинения : в 2 т. Т. 2 / Т. Гоббс. — М., 1991. — 731 с.
15. *Гроций Г.* О праве войны и мира: три книги, в которых объединяются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / Г. Гроций. — М., 1994. — 867 с.
16. *Гудима Д. А.* Права людини: антрополого-методологічні засади дослідження / Д. А. Гудима. — Львів, 2009. — 292 с.
17. *Дворкін Р.* Серйозний погляд на права / Р. Дворкін. — К., 2000. — 519 с.
18. *Донеллі Дж.* Права людини у міжнародній політиці / Дж. Донеллі. — Л., 2004. — 280 с.
19. *Жижек С.* О насилии / С. Жижек. — М., 2010. — 184 с.
20. *Жижек С.* Против прав человека / С. Жижек [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://fmbooks.wordpress.com/2010/08/19/zizek/>.
21. *Йонас Х.* Принцип ответственности. Опыт этики для технологической цивилизации / Х. Йонас. — М., 2004. — 480 с.
22. *Кант И.* Сочинения : в 8 т. Т. 7 / И. Кант. — М., 1994. — 495 с.
23. *Кимлічка В.* Лібералізм і права меншин / В. Кимлічка. — Х., 2001. — 176 с.
24. *Ковлер А. И.* Антропология права : учеб. для вузов / А. И. Ковлер. — М., 2002. — 467 с.
25. *Лібералізм: Антологія.* — К., 2009. — 1128 с.
26. *Локк Дж.* Избранные философские произведения : в 2 т. — Т. 2 / Дж. Локк. — М., 1960. — 532 с.
27. *Макинтайр А.* После добродетели: Исследования теории морали / А. Макинтайр. — М. ; Екатеринбург, 2000. — 384 с.

28. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков, 2002. — 328 с.
29. Милль Дж. С. О свободе / Дж. Милль // Антология мировой либеральной мысли (I половины XX века). — М., 2000. — С. 288–392.
30. Моїсєєв С. В. Философия прав человека : учебно-методическое пособие / С. В. Моїсєєв, Н. И. Сатохіна, Ю. С. Разметаєва. — Львов, 2014. — 36 с.
31. Нерсесянц В. С. Философия права / В. С. Нерсесянц. — М., 2001. — 256 с.
32. Нозик Р. Анархия, государство и утопия / Р. Нозик. — М., 2008. — 424 с.
33. Пейн Т. Права людини / Т. Пейн. — Львів, 2000. — 288 с.
34. Права человека и процессы глобализации современного мира / Бринчук М. М., Воронина Н. А., Карташкин В. А. и др. — М., 2005. — 463 с.
35. Погребняк С. П. Сопротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека) / С. П. Погребняк, Е. А. Уварова // Право і громадянське суспільство. — 2013 — № 2. — С. 4–61.
36. Права і свободи людини і громадянина : бібліографія / за ред. П. М. Рабіновича. — Ч. I. — Львів, 2006. — 224 с.
37. Права людини : матеріали до бібліографії / за ред. П. М. Рабіновича. — Ч. II. — Львів, 2011. — 444 с.
38. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович — Львів, 2008. — 224 с.
39. Рабінович П. М. Права людини і громадянина / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. — К., 2004. — 464 с.
40. Разметаєва Ю. С. Права людини як фундаментальна цінність громадянського суспільства / Ю. С. Разметаєва. — Х., 2013. — 196 с.
41. Рікер П. Право і справедливість / П. Рікер. — К., 2002. — 216 с.
42. Ролз Дж. Право народів (лекція) / Дж. Ролз // Вопр. філософії. — 2006. — № 9. — С. 79–105.
43. Ролз Дж. Теорія справедливості / Дж. Ролз. — К., 2001. — 822 с.
44. Рулан Н. Юридическая антропология : учеб. для вузов / Н. Рулан. — М., 2000. — 310 с.
45. Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? / М. Сэндел. — М., 2013. — 352 с.
46. Тейлор Ч. Мультикультуралізм і «Політика визнання» / Ч. Тейлор. — К., 2004. — 172 с.
47. Філософія права і загальна теорія права : наук. журн. — К., 2012–2014.
48. Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна. — К., 2008. — 320 с.
49. Філософія права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. ; за ред. О. Г. Данильяна. — Х., 2009. — 208 с.
50. Финнис Дж. Естественное право и естественные права / Дж. Финнис. — М., 2012. — 554 с.
51. Фуллер Л. Мораль права / Л. Фуллер. — Киев, 1999. — 232 с.
52. Хабермас Ю. Будущее человеческой природы. На пути к либеральной евгенике / Ю. Хабермас. — М., 2002. — 144 с.
53. Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории / Ю. Хабермас. — СПб., 2001. — 417 с.
54. Хабермас Ю. Концепт человеческого достоинства и реалистическая утопия прав человека / Ю. Хабермас // Вопросы философии. — 2012. — № 2. — С. 66–80.
55. Хайек Ф. А. Общество свободных / Ф. А. Хайек. — Лондон, 1990. — 259 с.
56. Харт Г. Л. А. Существуют ли естественные права / Г. Л. А. Харт [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://kant.narod.ru/hart.htm>.
57. Хеффе О. Справедливость: философское введение / О. Хеффе. — М., 2007. — 191 с.

58. *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини в контексті західної правової традиції / С. Шевчук. — К., 2006. — 848 с.
59. *Эко У.* Пять эссе на темы этики / У. Эко. — СПб., 2003. — 158 с.
60. *Ясперс К.* Вопрос о виновности. О политической ответственности Германии / К. Ясперс. — М., 1999. — 146 с.
61. *Abed-al-Jabri M.* Democracy, Human Rights and Law in Islamic Thought / Abed-al-Jabri M. — New York, 2009. — 205 p.
62. *Beitz C. R.* The Idea Of Human Rights / C. R. Beitz. — Oxford, 2009. — 256 p.
63. *Beetham D.* Democracy and Human Rights / D. Beetham. — Wiley, 1999. — 226 p.
64. *Bell D.* Beyond Liberal Democracy: Political Thinking for an East Asian Context / D. Bell. — Princeton, 2006. — 400 p.
65. *Buchanan A.* The Heart of Human Rights / A. Buchanan. — Oxford, 2013. — 320 p.
66. *Charvet J.* The Liberal Project and Human Rights: The Theory and Practice of a New World Order / J. Charvet, E. KaczynskaNay. — Cambridge, 2008. — 448 p.
67. *Cohen J.* Rethinking Human Rights, Democracy and Sovereignty in the age of Globalization / J. Cohen // Political Theory. — 2008. — № 36 (4). — P. 578–606.
68. *Dworkin G.* Paternalism / R. Dworkin // The Monist. — 1972. — Vol. 56. — P. 64–84.
69. *Encyclopedia of Human Rights* / ed. by David P. Forsythe. — Oxford, 2009. — 2672 p.
70. *Feinberg J.* Social Philosophy / J. Feinberg. — Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hal, 1973. — 126 p.
71. *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange* / S. Benhabib, J. Butler, D. Cornell, N. Fraser. — Routledge, 1995. — 176 p.
72. *Griffin J.* On Human Rights / J. Griffin. — Oxford, 2008. — 360 p.
73. *Human Rights and Responsibilities in the World Religions.* — Oxford, 2003. — 380 p.
74. *Human Rights: From Practice to Policy* / ed. by C. B. Walling and S. Waltz. — Univ. of Michigan, 2010. — 90 p.
75. *Human Rights in Asia.* — N.-Y., 2008. — 254 p.
76. *Human Rights in Global Politics* / T. Dunn and N. Wheeler (eds.). — Cambridge, 1999. — 337 p.
77. *Human Rights: Southern Voices.* — Cambridge, 2009. — 248 p.
78. *Ignatieff M.* Human Rights as Politics and Idolatry / M. Ignatieff. — Princeton, 2001. — 216 с.
79. *Ishay M. R.* The history of human rights: from ancient times to the globalization era / M. R. Ishay. — Berkley, Los Angeles, 2008. — 456 p.
80. *Jayawickrama N.* The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence / N. Jayawickrama. — Cambridge, 2003. — 1097 p.
81. *Jovanović M. A.* Collective rights: a legal theory / M. A. Jovanović. — Cambridge; N.-Y., 2012. — 230 p.
82. *Moor M.* Freedom / M. Moor // Harvard Journal of Law and Public Policy. — 2005. — Vol. 29. — P. 9–26.
83. *Nino C.* The Ethics of Human Rights / C. Nino. — Oxford, 1991. — 336 p.
84. *Nussbaum M.* Capabilities and Human Rights / M. Nussbaum // Fordham Law Review. — № 66. — P. 273–300.
85. *Philosophical Foundations of Human Rights* / Ed. by R. Cruft, S. Matthew Liao, M. Renzo. — Oxford, 2015. — 702 p.
86. *Postman N.* The Disappearance of Childhood / N. Postman. — N.-Y., 1994.
87. *Raz J.* Individual Rights in the World Order / J. Raz // IVR 24th World Congress «Global Harmony and Rule of Law» (September 15-20, 2009, Beijing, China). Papers. Plenary Session. — Beijing, 2009. — P. 1–17.
88. *Rorti R.* On Human rights. The Oxford Amnesty Lectures / R. Rorti. — New York, 1993.

89. *Sen A. K. Elements of a Theory of Human Rights / A. K. Sen // Philosophy and Public Affairs.* — № 32. — P. 315–356.
90. *Steiner H. International Human Rights in the Context of Law, Politics, Morals / H. Steiner, P. Alston, R. Goodman.* — Oxford ; N.-Y., 2008. — 1492 p.
91. *Tasioulas J. Taking Rights out of Human Rights / J. Tasioulas // Ethics.* — 2010. — № 120 (4). — P. 647–678.
92. *The East Asian Challenge for Human Rights / J. R. Bauer and D. Bell (eds.).* — New York, 1990. — 400 p.
93. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change / ed. by T. Risse, St. C. Ropp and K. Sikkink.* — Cambridge, 1999. — 318 p.
94. *Wellman C. The Moral Dimensions of Human Rights / C. Wellman.* — Oxford; New York, 2011. — 248 p.
95. *Zakaria F. The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad / F. Zakaria.* — N.-Y., 2003. — 286 p.

Моїсєєв С. В., Сатохіна Н. І., Разметаєва Ю. С. «Філософія прав людини»: матеріали до навчального курсу

Анотація. Запропоновані матеріали є одним з результатів міжнародного проекту підвищення кваліфікації вузівських викладачів за напрямком «Філософія прав людини». Увазі читача пропонуються: теоретичний вступ до проблематики, методологічні зауваження щодо природи, структури та змісту філософії прав людини як навчальної дисципліни, розгорнута програма курсу і література, рекомендована для вивчення. Питання про місце філософії прав людини у сучасній юридичній освіті, її природу, сенс та призначення розглядається виходячи з відкритості прав людини, вкоріненій у відкритості людини як такої. Філософія прав людини розглядається, з одного боку, як спосіб існування та відтворення цих прав у дискурсі, а з іншого, як ключовий елемент правової освіти.

Ключові слова: філософія прав людини, освіта з прав людини, існування прав людини, відтворення прав людини, дискурс.

Моисеев С. В., Сатокхина Н. И., Разметаева Ю. С. «Философия прав человека»: материалы к учебному курсу

Аннотация. Предложенные материалы является одним из результатов международного проекта повышения квалификации вузовских преподавателей по направлению «Философия прав человека». Вниманию читателя предлагаются: теоретическое вступление в проблематику, методологические замечания о природе, структуре и содержании философии прав человека как учебной дисциплины, развернутая программа курса и литература, рекомендованная для изучения. Вопрос о месте философии прав человека в современном юридическом образовании, ее природе, смысле и предназначении рассматривается исходя из открытости прав человека, укорененной в открытости человека как такового. Философия прав человека рассматривается, с одной стороны, как способ существования и воспроизведения этих прав в дискурсе, а с другой, как ключевой элемент юридического образования.

Ключевые слова: философия прав человека, образование в области прав человека, существование прав человека, воспроизведение прав человека, дискурс.

Moiseev S., Satokhina N., Razmetaeva Y. «Philosophy of Human Rights»: Materials for the Training Course

Summary. The research is one of the results of the international project training of university teachers in the field of «philosophy of human rights». Authors are offered: introduction to theoretical issues, methodological remarks about the nature, structure

and content of the philosophy of human rights as a discipline, detailed course program and the literature recommended for study. The problems of the place of philosophy of human rights in modern legal education, its nature, meaning and purpose, are discussed based on the openness of human rights, which is rooted in the openness of human being as such. The philosophy of human rights is considered, on the one hand, as a way of existence and reproduction of these rights in discourse, but on the other hand, as a key element of legal education.

Key words: philosophy of human rights, human rights education, the existence of human rights, reproduction of human rights, discourse.

РОБЕРТУ АЛЕКСІ – 70 РОКІВ

**ФІЛОСОФІЯ ПРАВА РОБЕРТА АЛЕКСІ
ЯК ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ
ПРАКТИЧНОГО РОЗУМУ**

С. МАКСИМОВ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*



У вересні 2015 р. свій 80-річний ювілей відзначив Роберт Алексі, автор однієї з найвпливовіших та найперспективніших концепцій у сучасній філософії права. Внесок Алексі у сучасну філософію права представлений перш за все трьома фундаментальними монографіями: *«Теорія юридичної аргументації»* (Франкфурт-на-Майні, 1978)¹, *«Теорія основоположних (конституційних) прав»* (Баден-Баден, 1984)², *«Поняття та дійсність права»* (Фрейбург, Мюнхен, 1992)³, а також численними статтями, опублікованими багатьма мовами, в тому числі російською [8; 9; 10; 11; 12; 13; 14] та українською [15; 16; 17; 18; 19; 20]. Вираженням особливого визнання внеску Алексі у сучасну правову філософію є вихід книги *«Право, права і дискурс. Правова філософія Роберта Алексі»* (Оксфорд, Портланд, 2007) [21], підготовленої за матеріалами проведеного у 2004 р. на базі Університету Королеви (Белфаст) спеціального семінару з дис-

¹ *«Теорія юридичної аргументації. Теорія раціонального дискурсу як теорія юридичного обґрунтування»* (Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung) – видана німецькою (1978 та ін.) [1], англійською (1989 та ін.) [2], іспанською, італійською, португальською, китайською, литовською, корейською, хорватською мовами.

² *«Теорія основоположних (конституційних) прав»* (Theorie der Grundrechte) – видана німецькою (1985 та ін.) [3], англійською (2002 та ін.) [4], іспанською, корейською, португальською, польською, італійською мовами.

³ *«Поняття та дійсність права»* (Begriff und Geltung des Rechts) – видана німецькою (1992 та ін.) [5], в англійському перекладі як *«The Argument from Unjustice: A Reply to Legal Positivism»* (Аргумент від несправедливості. Відповідь юридичному позитивізму) (2002 та ін.) [6], а також іспанською, італійською, корейською, шведською, арабською, румунською, словацькою, португальською, російською [7], китайською мовами.

курсивної теорії, на якому об'єктом всебічного аналізу стала його філософія права. На жаль, ані ця книга, ані жодна з трьох базових праць філософа не перекладені українською. Хоча автором цієї статті й були опубліковані праці, присвячені окремим темам його творчості, зокрема, поглядам на природу філософії права [22] і природу права як такого [23; 24], однак філософсько-правова концепція Алексі залишається маловідомою для українського читача.

Роберт Алексі народився 9 вересня 1945 р. у м. Ольденбург (Німеччина). Вивчав право і філософію у Геттінгенському університеті. У 1978 р. опублікував дисертацію під назвою «Теорія юридичної аргументації», у 1985 р. — габілітаційну працю «Теорія конституційних прав», обидві написані під керівництвом професора Ральфа Драера. У 1986 р. Р. Алексі приймає пропозицію Університету Христіана Альбрехта (м. Кіль, Німеччина) і стає професором публічного права і філософії права, очолюючи відповідну кафедру. З 2002 р. він стає дійсним членом Академії Наук у Геттінгені. Професор Алексі є почесним доктором університетів Аліканте (Іспанія), Антверпена (Бельгія), Буенос-Айреса і Тукумане (Аргентина), Ліми (Перу) та ін. У 2010 р. його було нагороджено Хрестом 1-го ступеня Ордена «За заслуги перед Федеративною Республікою Німеччина».

Важлива сторона академічної активності Р. Алексі пов'язана з його участю в діяльності Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR): і як організатора (у 1994–1998 рр. він був президентом німецької секції IVR, а у 2003–2011 рр. — членом Виконавчого комітету IVR), і як учасника Всесвітніх конгресів, що проводяться під егідою цієї організації. Саме в період з 2003 по 2011 р. (чому я безпосередньо був свідком як учасник конгресів IVR) йому чотири рази надавалася трибуна пленарних засідань (тричі як доповідачу і

одного разу — як учаснику дебатів). Незабутнє враження залишила також його участь у дискусіях із приводу пленарних доповідей, яка виявилася у глибокому та ємному коментуванні почутого і постановці точних проблемних запитань. Можна сказати, що він був і є персоніфікованим втіленням сучасної філософії права. Саме ці риси Р. Алексі як справжнього професіонала, який глибоко відчуває і розуміє сучасну філософію права і спілкування з яким дає безцінний інтелектуальний досвід, визначили мій інтерес до його ідей і бажання ознайомити з ними своїх колег. Такими були і є мотиви перекладу та публікування як його доповідей на пленарних сесіях XXI Конгресу IVR у Лунді (Швеція, 2003) «Природа філософії права», XXIV Конгресу в Пекіні (Китай, 2009) «Дуальна природа права», XXV Кон-



Доктор юридичних наук С. Максимов і професор Р. Алексі на XXI Конгресі IVR (серпень 2003 р., Лунд, Швеція). Початок творчої співпраці

гресу у Франкфурті-на-Майні (Німеччина, 2011) «Існування прав людини», так і перекладів та публікування його статей у журналі «Філософія права і загальна теорія права» з 2012 р. і дотепер.

За тривалий строк своєї творчої діяльності Алексі розробив ретельно продуману і змістовно вивірену систему правової філософії, витoki якої сягають Канта. Тому не випадково свою філософію права він ідентифікує як «інституціоналізація розуму» [25, р. 23], маючи на увазі, звичайно ж, розум практичний. Саме це «щеплення кантіанства» до аналітичної філософії, на наш погляд, дозволило концепції Алексі стати однією з найвпливовіших у сучасній філософії права. Цим впливом, імовірно, визначається і його послідовна антипозитивістська позиція. На перший погляд його праворозуміння являє собою поєднання позитивістського нормативізму Ганса Кельзена і юснатуралізму Густава Радбруха. Однак це не механічне поєднання. Алексі прагне вийти за межі опозиції юридичного позитивізму і теорії природного права, пропонуючи формулу дуальності права як єдності його реального та ідеального вимірів та ідентифікуючи свою позицію як непозитивістську. У цьому пункті його погляд на право значною мірою нагадує концепцію онтологічної структури права його співвітчизника Артура Кауфмана. Однак на відміну від останнього, який розвивав феноменолого-герменевтичну онтологію права, підхід Алексі не є онтологічним. Він стверджує, що природу права краще можна зрозуміти у світлі теорії юридичної аргументації, або теорії юридичного дискурсу.

Головний мотив філософії права Алексі — «інституціоналізація розуму» як поєднання реального та ідеального вимірів права в інститутах ліберальної демократії — послідовно огортається смислами у трьох складових його філософсько-правової системи: теорії юридичної аргументації, теорії конституційних прав і непозитивістській концепції права, які розкриті у трьох головних книгах автора. Як зазначає сам Алексі, «будь-яка філософія права є, імпліцитно або експліцитно, вираженням певного поняття права» [25, р. 23]. Однак як філософія права може розпочати осмислення природи права, коли неможливо сказати, що таке філософія права, не знаючи, що таке право? Як у випадку з будь-яким герменевтичним колом, Алексі починає з перед-розуміння і розробляє проблему за допомогою критичної і систематичної рефлексії [8, с. 20–21]. Виходячи з непозитивістського праворозуміння, яке буде повною мірою експліковане лише у третій книзі філософа, він починає із з'ясування природи самого юридичного мислення, яка розкривається у теорії юридичної аргументації.

Теорія юридичної аргументації. Докторська дисертація Алексі «Теорія юридичної аргументації» [1] присвячена ключовому питанню аналітичної філософії права — чи може, і якою мірою, правове мислення бути об'єктивним і раціональним.

Пошук відповіді на це питання Алексі починає з визначення співвідношення правового дискурсу і загального практичного дискурсу, формулюючи тезу особливого випадку, яка демонструє необхідний зв'язок між ними, виражений у тому, що правовий дискурс є особливим випадком загального практичного дискурсу, специфіка якого полягає в інституційному і офіційному характері. Проте існують випадки, коли неможливо вирішити справу тільки на основі офіційних джерел: намір законодавця може бути неясним, мова закону нечіткою, можуть існувати колізії між нормами, а прецедент може бути скасований. Тоді правове

мислення спирається на неофіційні аргументи, які впливають із загального практичного дискурсу.

При цьому Алексі спростовує ідею про те, що практичний дискурс позбавлений раціональності, об'єктивності та правильності. На думку філософа, дискурсивно-теоретична правильність ґрунтується на процедурній теорії практичного дискурсу, відповідно до якої висловлювання є правильним, якщо воно може бути результатом раціонального дискурсу. Поняття ж останнього автор ґрунтує на 26 правилах і формах, залежно від дотримання яких висновок може бути або дискурсивно необхідним, або дискурсивно неможливим, або дискурсивно можливим. Таким чином, з одного боку, у правилах і формах визначаються умови раціональності у праві, а з другого — той факт, що правовий дискурс не завжди дає єдино правильну відповідь, дозволяє продемонструвати водночас межі дискурсивної раціональності у праві.

Аналіз дискурсивної раціональності у праві Алексі доповнює тезою про те, що будь-яке правове судження завжди претендує на правильність, що включає твердження про правильність, претензію на обґрунтованість і очікування визнання цієї правильності іншими. Що ж до критеріїв правильності, то вони не обмежуються сферою права (як це впливає з тези особливого випадку), а отже, йдеться не тільки про правильність всередині правової системи, а й про правильність самої правової системи.

Теорія юридичної аргументації Алексі зближує його з юридичним інтерпретивізмом (від слова «інтерпретація»), який іноді трактується як концепція «третього шляху» у праворозумінні між юридичним позитивізмом і теорією природного права. В англо-американській традиції найвідомішим представником цього напрямку є Рональд Дворкін, введення ідей якого в контекст сучасних дискусій у німецькій філософії права ставиться в заслугу саме Алексі.

І, звісно ж, не можна не підкреслити вплив на його теорію юридичного дискурсу комунікативно-дискурсивної філософії Юргена Габермаса та Карла-Отто Апеля, основні положення якої Алексі ретельно аналізує у своїй першій книзі [2, р. 101–137]. Як відомо, у філософії Габермаса дається комунікативне рефлексивне обґрунтування права через «аргументацію в дискурсі». Норми права обґрунтовуються практично в реальній комунікації, яка має процедурний характер. Однак цей дискурс повинен співвідноситися з ідеальною комунікацією (аналог «природного права»), що як регулятивна ідея показує спрямованість раціонального обґрунтування норм. Критерієм легітимності правових норм є їх відповідність комунікативній раціональності, тобто коли вони заслуговують вільного визнання з боку кожного члена правової спільноти. Лише процедура демократичного законодавства робить можливою реалізацію цієї ідеї.

Безумовно, концепцію Алексі можна вважати однією з найбільш вдалих і перспективних юридичних інтерпретацій філософської концепції Габермаса і Апеля. Водночас між дискурсивними теоріями Габермаса і Алексі наявні не тільки загальні моменти (які стверджують можливість критики права виходячи з внутрішніх критеріїв самого права, тим самим дистанціюючись від юридичного позитивізму), а й відмінності, пов'язані з розумінням контекстуально-трансцендентальних компонентів права, що обумовлюють вимоги правильності. Так, Алексі зводить юридичну правильність до правильності моральних норм, що викликає заперечення у Габермаса як «моралізаторство» юридичної валідності.

Теорія конституційних прав. Друга книга, габілітаційна дисертація Алексі під назвою «Теорія конституційних прав» [3; 4] демонструє, як ключові проблеми теорії конституційних прав можуть бути розв'язані за допомогою розмежування норм і принципів.

Теорія Алексі ґрунтується на аналізі конституційних прав як принципів, що суттєво відрізняються від норм, причому ця відмінність є не кількісною (за ступенем), а якісною (за видом): у той час як норми завжди або дотримуються, або ні, принципи можуть дотримуватись різною мірою. Вони є вимогами оптимізації, тобто мають бути реалізовані якнайкраще, виходячи з фактичних та юридичних можливостей.

Принципи як вимоги оптимізації тісно пов'язані з пропорційністю. У свою чергу, принцип пропорційності складається з трьох підпринципів: принципів придатності, необхідності та пропорційності у вузькому сенсі. Принципи придатності і необхідності пов'язані з оптимізацією щодо фактичних можливостей, яка стосується питання про те, чи може бути якесь становище покращене без завдання шкоди іншим. Оптимізація фактичних можливостей полягає в запобіганні витратам, яким можна запобігти. Витрати, однак, неминучі, коли принципи конфліктують. Тоді виникає необхідність у балансуванні. Балансування — предмет третього підпринципу принципу пропорційності, принципу пропорційності у вужчому сенсі. Він розкриває значення оптимізації стосовно юридичних можливостей. «Правило балансування» формулюється таким чином: чим більший ступінь недотримання або порушення одного принципу, тим більшою має бути важливість дотримання іншого.

Деталізацією правила балансування є формула зважування, яка була висвітлена у пізніших коментарях Алексі та його послідовників до «Теорії конституційних прав», зокрема у постскрипті автора до англійського видання. Формула зважування визначає вагу конфліктуючих принципів щодо один одного в окремій справі, враховуючи абстрактну вагу обох принципів, інтенсивність втручання в один із цих принципів, міру порушення іншого і надійність емпіричних припущень.

Таким чином, теорія конституційних прав як принципів пропонує широкий підхід до розуміння масштабу і меж конституційних прав, відповідно до якого кожний аргумент стосовно конституційних прав повинен враховувати конкуруючі аргументи і, відповідно, потребує балансування. Ця теорія наполягає на ретельній процедурі і заперечує можливість відмови від самої можливості балансування у певних справах. При цьому Алексі демонструє, що балансування може бути не лише інтуїтивним, а й раціональним, виокремлюючи три його стадії: 1) визначення ступеня порушення першого принципу; 2) визначення важливості реалізації конкуруючого принципу; 3) визначення того, чи виправдовує важливість реалізації останнього принципу порушення першого. Отже, раціональність балансування залежить від можливості раціонального судження про інтенсивність втручання, ступінь важливості та їх співвідношення. Теорія конституційних прав як принципів результує у певні висновки щодо інституційного виміру конституційних прав, зокрема, на думку Алексі, повноваження конституційного суду переглядати акти парламенту є необхідним, якщо конституційні права мають пріоритет над законодавством.

Непозитивістське поняття права. І нарешті видана у Німеччині у 1992 р. книга «Поняття та дійсність права» [5] (в англійському перекладі «Аргумент від

несправедливості. Відповідь юридичному позитивізму» [6]) присвячена ключовій проблемі філософії права — праворозумінню. Пізніше свою позицію щодо розмежування позитивізму і непозитивізму автор доповнює з урахуванням дебатів із позитивістами Андрієм Мармором та Джозефом Разом. Якщо спільність позицій правового позитивізму і непозитивізму полягає, на його думку, у визнанні універсальності філософії права як міркування про природу права, то розходження у тлумаченні самої природи права виражалися трьома моментами. Для позитивізму це: 1) обмеженість поняття права певною культурою; 2) сильна версія соціальної тези, що утверджує повну детермінованість права соціальними джерелами; 3) виключення вимоги правильності з характеристики природи права. Для непозитивізму ці характеристики права прямо протилежні: 1) універсальність поняття права; 2) слабка версія соціальної тези, що утверджує залежність існування і змісту права не тільки від соціальних фактів, а й від моральних ідей; 3) включення вимоги правильності в характеристику природи права як вираження внутрішнього зв'язку владного й ідеального вимірів права [26].

Непозитивістська теорія права Алексі ґрунтується на тезі про те, що існує необхідний зв'язок між юридичною чинністю, або юридичною правильністю, з одного боку, і моральною прийнятністю, або моральною правильністю — з другого. Такий зв'язок базується на дуальній природі права: право має фактичний вимір, визначений наявністю офіційних джерел і соціальною ефективністю, та водночас ідеальний вимір, що полягає в моральній правильності.

Аргументом від ідеального виміру права є те, що право з необхідністю пред'являє претензію на правильність як моральну правильність. Ця вимога є необхідною не тільки стосовно поведінки людей, а й щодо законодавчих актів і судових рішень, його зміст — справедливість, і воно раціональне. Цю раціональність автор обґрунтовує за допомогою теорії дискурсу, згідно з якою нормативне судження буде правильним тоді і тільки тоді, коли воно є результатом раціонального практичного дискурсу. Умови дискурсивної раціональності визначаються через систему принципів, правил і форм загального практичного дискурсу, процесуальне ядро якої становлять правила, що гарантують свободу і рівність у дискурсі, надаючи всім право брати участь у ньому і право ставити питання, а також відстоювати будь-які точки зору. Те, що правила дискурсу висловлюють цінність свободи і рівності, служить базисом для обґрунтування прав людини. Це означає, що права людини є дискурсивно необхідними, а їхнє заперечення виявляється дискурсивно неможливим. Твердження про те, що право завжди претендує на правильність, обґрунтовується також через перформативну суперечність: суддя, який обирає морально дефектну інтерпретацію закону, який, серед іншого, забезпечує морально правильну інтерпретацію, вчиняє не тільки аморально, а й неправомірно.

Фактичний вимір права базується на необхідності примусу задля забезпечення правової визначеності та правової ефективності.

Третій і головний крок полягає в узгодженні ідеального і реального вимірів. Для цього рівня вимога правильності означає поєднання принципів справедливості та юридичної визначеності. Інституціоналізація розуму тут здійснюється у двох аспектах — матеріальному і процедурному. У матеріальному аспекті міститься постулат про межу права, якою є крайня несправедливість. Тут Алексі посилається на відому формулу Радбруха: «Крайня несправедливість не є пра-

вом», яка протиставляється положенню Кельзена: «Будь-який зміст може бути правом». На думку Алексі, нездатність юридичного позитивізму визнати дуальну природу права пов'язана з методологічною помилкою: позитивізм розглядає право з позиції спостерігача і, відповідно, сприймає тільки реальний вимір права, те, чим право «є»; сприйняти ж його ідеальний вимір, те, чим воно «має бути», дозволяє позиція учасника. Таким чином, поєднання цих двох перспектив — спостерігача, увага якого прикута до процесу ухвалення правового рішення, і учасника, якого цікавить правильна правова відповідь, — дозволяє досягнути дуальну природу права. Алексі доходить висновку, що тільки непозитивізм є сумісним із дуальною природою права, але лише у версії інклюзивного (м'якого) непозитивізму. Ексклюзивний (суворий) непозитивізм, який стверджує, що імморальні норми не є юридично дійсними, порушує баланс між принципами юридичної визначеності і справедливості, приділяючи занадто мало уваги фактичному виміру права. Суперінклюзивний (суперм'який) непозитивізм впадає в іншу крайність, стверджуючи, що моральні дефекти ніколи не заперечують юридичну дійсність права, а лише роблять його не безумовним. Інклюзивний (м'який) непозитивізм, позицію якого поділяє сам Алексі, стверджує, що моральні дефекти заперечують юридичну дійсність лише тоді, коли межа крайньої несправедливості порушена. Таким чином, тут обом сторонам дуальної природи права приділяється належна увага. У процедурному аспекті зв'язок позитивності й правильності реалізується у формі демократичного, або дискурсивного, конституціоналізму, головні елементи якого — демократія і конституційні права. Права людини як моральні права належать лише ідеальному виміру права, а їх перетворення на конституційні (позитивні) права полягає в зусиллі поєднати ідеальний вимір із реальним. В ідеальній демократії немає конфлікту між демократією і конституційними правами. У реальній демократії він може бути, а тому виникає вимога конституційного контролю.

У своїй третій книзі Алексі дає відповідь на вихідне питання про поняття права. У свою чергу, теза про дуальну природу права проливає додаткове світло як на природу юридичного мислення, так і на теорію конституційних прав. Рухаючись цим колом, стає зрозуміло, що ідея дуальної природи стосується не тільки права, а й юридичної аргументації, яка також має дві сторони: реальний вимір правового мислення пов'язаний із судовими рішеннями, що втілюються, якщо потрібно, за допомогою примусу; водночас юридична аргументація передбачає моральні судження, а отже, пов'язана також з ідеальним виміром права. По суті, теза про дуальну природу права в аргументативно-теоретичному вимірі представлена тезою особливого випадку. Разом з тим, за Алексі, теза про дуальну природу права вимагає, щоб розум був інституціоналізований у політичній формі. Виходячи з теорії юридичної аргументації, найбільш придатною до цього є ліберальна демократія, оскільки правовий дискурс вимагає того, щоб демократія і права людини були складовою правової системи¹.

Таким чином, філософія права Алексі постає як цілісна система, яка водночас залишається відкритою для подальшого розширення смислів. Її головний мотив — «інституціоналізація (практичного) розуму» як поєднання реального

¹ Детальніше щодо взаємозв'язків між окремими тезами теорії юридичної аргументації, теорії конституційних прав та поняття і дійсності права див. статтю М. Боровські «Дискурс, принципи та проблема права і моралі: три головні роботи Роберта Алексі» [27] та книгу М. Клатта «Інституціоналізований розум. Теорія права Роберта Алексі» [28].

та ідеального вимірів права в інститутах ліберальної демократії — послідовно розгортається у трьох складових філософсько-правової системи видатного німецького вченого: теорії юридичної аргументації, теорії конституційних прав і неопозитивістській концепції права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Alexy R.* Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung / R. Alexy. — Frankfurt am Main : Suhrkamp Verlag, 1978. — 435 S.
2. *Alexy R.* A Theory of Legal Argumentation : trans. by Ruth Adler and Neil MacCormick / R. Alexy. — Oxford : Clarendon Press, 1989. — 323 p.
3. *Alexy R.* Theorie der Grundrechte / R. Alexy. — Baden-Baden : Nomos, 1985.
4. *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights : trans. by Julian Rivers / R. Alexy. — Oxford : Oxford University Press, 2002. — 506 p.
5. *Alexy R.* Begriff und Geltung des Rechts / R. Alexy. — Freiburg, München : Karl Alber Verlag, 1992.
6. *Alexy R.* The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism : trans. by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley Paulson / R. Alexy. — Oxford : Clarendon Press, 2002. — 160 p.
7. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Р. Алекси ; пер. с нем. А. Лаптева, Ф. Кальшойера. — М. : Инфотропик, 2011. — 192 с.
8. *Алекси Р.* Природа философии права / Р. Алекси ; пер. с англ. С. И. Максимова // Проблемы философии права. — Т. II. — К. ; Чернівці, 2004. — С. 19–26.
9. *Алекси Р.* Сбалансированность, конституционный контроль и представительство / Р. Алекси // Сравнительное конституц. обозрение. — 2006. — № 2. — С. 113–118.
10. *Алекси Р.* Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Р. Алекси ; пер. с нем. М. В. Антонова // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — СПб., 2009. — 446–456.
11. *Алекси Р.* Дуальная природа права / Р. Алекси ; пер. с англ. С. И. Максимова // Правоведение. — 2010. — № 2. — С. 198–152; див. також: Российский ежегодник теории права. — № 2. — 2009. — СПб., 2011. — 19–33; див. також: Право Украины. — 2011. — № 1. — С. 45–58; див. також: Проблемы философии права. — 2010–2011. — Т. VIII–IX. — К. ; Чернівці, 2012. — С. 19–29.
12. *Алекси Р.* Формула веса / Р. Алекси ; пер. с англ. В. В. Архипова // Рос. ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — СПб., 2009. — С. 446–456.
13. *Алекси Р.* Между позитивизмом и неопозитивизмом? Третий ответ Евгению Бульгину / Р. Алекси ; пер. с англ. С. И. Максимова // Проблемы философии права. — 2010–2011. — Т. VIII–IX. — К. ; Чернівці, 2012. — С. 19–29.
14. *Алекси Р.* Существование прав человека / Р. Алекси ; пер. с англ. С. И. Максимова // Правоведение. — 2011. — № 4. — С. 21–31; див. також: Право Украины. — 2011. — № 11–12. — С. 117–127.
15. *Алекси Р.* Існування прав людини / Р. Алекси ; пер. з англ. С. Максимова // Право України. — 2011. — № 8. — С. 121–130.
16. *Алекси Р.* Нормативність, метафізика та рішення / Р. Алекси ; пер. з англ. С. Максимова // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 27–36.
17. *Алекси Р.* Теорія дискурсу та права людини / Р. Алекси ; пер. з англ. С. Максимова і О. Уварової // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 73–98.

18. *Алексі Р.* Розумність права / Р. Алексі ; пер. з англ. К. Мандрікової і С. Погребняка // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2013. — № 2. — С. 229–239.
19. *Алексі Р.* Догматичне мислення / Р. Алексі ; пер. з англ. К. Мандрікової і С. Погребняка // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2014. — № 1–2. — С. 118–130.
20. *Алексі Р.* Конституційні права і конституційний контроль / Р. Алексі ; пер. з англ. С. Максимова і Н. Сатохіної // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2015. — № 1–2.
21. *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* / ed. by George Pavlakos. — Oxford and Portland, Oregon : Hart Published, 2007. — 378 p.
22. *Максимов С. И.* Философия права как проблема философии права / С. И. Максимов // *Проблеми філософії права.* — Т. II. — К. ; Чернівці : Рута, 2004. — С. 36–44.
23. *Максимов С.И.* Роберт Алекси: дискурсивное измерение права / С.И. Максимов // *Рос. ежегодник теории права.* — 2009. — № 2. — СПб., 2011. — С. 11–18.
24. *Максимов С. И.* Концепция дуальной природы права Роберта Алекси / С. И. Максимов // *Проблеми філософії права.* — Т. VIII–IX. — К. ; Чернівці : Рута, 2012. — С. 30–35.
25. *Alexy R.* My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason / R. Alexy // *The Law in Philosophical Perspectives* / ed. by Luc J. Wintgens. — Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1999. — P. 23–43.
26. *Alexy R.* Agreements and Disagreements. Some Introductory Remarks / R. Alexy // *Law and Justice in a Global Society. Plenary Sessions. Lectures. IVR 2005.* — Granada: Universidad de Granada, 2005. — P. 699–704.
27. *Borowski M.* Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works / M. Borowski // *Jurisprudence.* — 2011. — № 2 (2). — P. 575–595.
28. *Klatt M.* Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy / M. Klatt. — Oxford : Oxford University Press, 2012. — 384 p.

Максимов С. І. Філософія права Роберта Алексі як інституціоналізація практичного розуму

Анотація. Стаття присвячена аналізу основних положень філософії права Роберта Алексі як цілісної системи, що водночас залишається відкритою для подальшого розширення смислів. Продемонстровано, як головний мотив філософії права Алексі — «інституціоналізація розуму» як поєднання реального та ідеального вимірів права в інститутах ліберальної демократії — послідовно розгортається у трьох складових його філософсько-правової системи: теорії юридичної аргументації, теорії конституційних прав і неопозитивістській концепції права.

Ключові слова: інституціоналізація розуму, практичний розум, неопозитивізм, дискурсивна філософія, юридична аргументація, конституційні права, дійсність права.

Максимов С. И. Философия права Роберта Алекси как институционализация практического разума

Аннотация. Статья посвящена анализу основных положений философии права Роберта Алекси как целостной системы, которая в то же время остается открытой для дальнейшего расширения смыслов. Продемонстрировано, как главный мотив философии права Алекси — «институционализация разума» как сочетание реального и идеального измерений права в институтах либеральной демократии — последовательно разворачивается в трех составляющих его фило-

софско-правовой системы: теории юридической аргументации, теории конституционных прав и непозитивистской концепции права.

Ключевые слова: институционализация разума, практический разум, непозитивизм, дискурсивная философия, юридическая аргументация, конституционные права, действительность права.

Maksymov S. Robert Alexy's Philosophy of Law as Institutionalization of Practical Reason

Summary. The article analyzes the main provisions of the Robert Alexy's philosophy of law as an integrated system, which at the same time remains open for further expansion of meanings. It demonstrates how the main motive of the Alexy's philosophy of law — «the institutionalization of reason» as a combination of real and ideal dimensions of law in the institutions of liberal democracy — in series takes place in the three components of his philosophical-legal system: the theory of legal argumentation, the theory of constitutional rights and non-positivistic concept of law.

Key words: institutionalization of reason, practical reason, non-positivism, discourse philosophy, legal argumentation, constitutional rights, validity of law.

КОНСТИТУЦІЙНІ ПРАВА І КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ¹

Р. АЛЕКСІ
*доктор юриспруденції,
професор публічного права і філософії права
(Університет Христіана Альбрехта,
Кіль, Німеччина)*



І. Проблема конституційного контролю

Питання про те, як можна обґрунтувати право конституційного суду скасовувати акти парламенту, є головною теоретичною проблемою у сфері конституційного контролю. Це питання відсилає до одвічної проблеми співвідношення між конституційним контролем і демократією.

Ганс Кельзен розглядає питання конституційного контролю як питання про легальність законодавства. Парламент уповноважений конституцією *qua* найвищим законом ухвалювати законодавчі акти, і якщо ці закони видані з порушенням передбаченої конституцією процедури або всупереч істотним конституційним обмеженням, зокрема конституційним правам, то вони є протизаконними [1, с. 30–35]. У цій ситуації конституційний контроль вважається необхідним для того, щоб забезпечити «повну правову обов'язковість» (*volle Rechts verbindlichkeit*) [1, с. 78], якої вимагає «принцип максимально досяжної законності» (*Prinzip möglicher Rechts mäßigkeit*) [2, с. 5]. Цей образ конституційного контролю є правильним, але неповним. Він нічого не говорить із приводу того, як встановлюється неконституційність процедури ухвалення закону парламентом. Це серйозна проблема, оскільки у багатьох випадках поставатиме питання про конституційність. У таких ситуаціях виникають два питання: методологічне, або аргументативно-теоретичне, та інституційне. Методологічне питання полягає в тому, чи є сенс, у випадках незгоди, намагатись відшукати кращу відповідь — кращу, наприклад, за ту, яку дає підкинута монета. Інституційне питання: чи сумісне з демократією надання конституційному суду повноважень знаходити цю відповідь. Мої роздуми з цих питань стосуватимуться конституційних прав, сфери, у якій проблеми конституційного контролю постають особливо гостро. Я просуватимусь у два кроки. Спочатку я наведу теорію принципів як модель конституційної аргументації. Другий етап буде стосуватись ідеї конституційного контролю як «аргументативного представництва» народу. Моя теза полягає в тому, що конституцій-

¹ Переклад з англійської С. Максимова і Н. Сагохіної.

ний контроль обґрунтовується теорією принципів, з одного боку, і теорією аргументативного представництва — з другого.

II. Теорія принципів

1. Правила і принципи

Нормативно-теоретичною основою теорії принципів є розмежування правил і принципів. Правила — це норми, які рішучо вимагають чогось. Це *визначені накази*. Форма їх застосування — категоризація. Натомість принципи — це норми, які вимагають, щоб дещо було реалізовано у максимально можливому обсязі, виходячи з наявних фактичних та юридичних можливостей. Таким чином, принципи — це *вимоги оптимізації* [3, с. 47–48]. Форма їх застосування — балансування. Це нормативно-теоретичне розмежування, пов'язане з інтерпретацією конституційних прав як таких, що мають по суті природу принципів¹. Це, однак, не означає, що положення, які виражають конституційні права, не можуть також виражати правила або елементи правил. Прикладом у Конституції Німеччини є стаття 102 Основного закону, яка говорить: «Смертна кара скасована». Іншим прикладом рішення творців конституції, що має природу правила, є стаття 104 (2) (3) Основного закону, у якій зазначено: «Поліція нікого не може утримувати під вартою на основі власних повноважень довше, ніж до кінця дня, що слідує за затриманням». Ще один приклад, пов'язаний із деталями дуже складних правил вибору технічних засобів для прослуховування житла, у якому може перебувати підозрюваний, знаходимо у статті 13 (3)–(6) Основного закону. У цих випадках творці конституції вирішили питання балансування шляхом встановлення правил, і інтерпретатор конституції зобов'язаний застосовувати їх [3, с. 83]. Разом з тим існує безліч випадків, у яких немає владного рішення творців конституції, яке вирішувало б справу. Тут балансування принципів не уникнути. Це також випадок, коли конституційний суд виходить за межі «букви» конституції, як, наприклад, зробив Федеральний Конституційний суд Німеччини, коли у рішенні від 9 лютого 2010 р. створив соціальне право на гідний прожитковий мінімум (Рішення Федерального Конституційного суду Німеччини (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, надалі: *BVerfGE*) 125, 175 (222)).

2. Природа принципів і тест на пропорційність

Визначення принципів як вимог оптимізації прямо висновує у необхідний зв'язок між принципами і пропорційністю. Принцип пропорційності (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), який останніми десятиліттями отримує все більше міжнародне визнання в теорії та практиці конституційного контролю², складається з трьох підпринципів: принципів придатності, необхідності та пропорційності у вузькому сенсі. Усі три підпринципи виражають ідею оптимізації. Принципи *qua* вимоги оптимізації вимагають оптимізації водночас відносно фактично можливого і юридично можливого. Принципи придатності й необхідності пов'язані з оптимізацією щодо фактичних можливостей. Оптимізація стосовно фактичних можливостей стосується питання про те, чи може бути якийсь стано-

¹ Див. з цього приводу: [4].

² Див., напр.: [5], [6].

вище покращене без завдання шкоди іншим. Отже, перші два підпринципи вимагають Оптимуму Парето.

Оптимізація фактичних можливостей полягає в запобіганні витратам, яким можна запобігти. Витрати, однак, неминучі, коли принципи конфліктують. Тоді балансування стає необхідним. Балансування — предмет третього підпринципу принципу пропорційності, принципу пропорційності у вузькому сенсі. Він розкриває значення оптимізації щодо юридичних можливостей. Це правило можна назвати «Правилом балансування» [3, с. 102]. Воно стверджує: чим більший ступінь недотримання або порушення одного принципу, тим більшою має бути важливість дотримання іншого.

3. Правило балансування

Правило балансування показує, що останнє можна розбити на три етапи. Перший включає виявлення ступеня недотримання або порушення першого принципу. Далі, на другій стадії, з'ясовується важливість дотримання конкуруючого принципу. Нарешті, на третьому етапі визначається, чи виправдовує важливість дотримання останнього принципу порушення або недотримання попереднього. Як бачимо, балансування припускає можливість раціональних суджень стосовно, по-перше, інтенсивності втручання, по-друге, ступеня важливості, а по-третє, їх співвідношення.

Критики балансування, такі як Юрген Габермас і Бернхард Шлінк, оспорюють раціональність таких суджень [7, с. 259; 8, с. 460]. Питання про те, чи є балансування формою раціональної аргументації, не може бути розглянуто тут у всіх деталях¹. Я обмежусь коротким оглядом двох справ, які ілюструють той факт, що раціональні судження стосовно інтенсивності втручання, ступеня важливості та їх співвідношення є можливими, і те, як вони можливі. Досить простим випадком є рішення Федерального Конституційного суду Німеччини стосовно застережень у сфері охорони здоров'я (*BVerfGE 95, 173*). Суд характеризує обов'язок виробників тютюну розміщувати попередження про шкоду паління на власній продукції як відносно незначне, або легке, втручання у свободу займатись своєю професією. На противагу цьому, повна заборона усіх тютюнових виробів вважалася б серйозним втручанням. Між такими незначними і серйозними випадками розміщені інші, з помірним ступенем втручання. Таким чином, шкала втручань може включати «легку», «помірну» і «серйозну» стадії. Наш приклад демонструє, що така градація можлива. Те саме можливе щодо конкуруючих аргументів. Ризики для здоров'я, що виникають внаслідок паління, є величезними. Відповідно мотиви втручання є вагомими. Якщо, таким чином, інтенсивність втручання визнана незначною, а важливість причин для втручання великою, то результат перевірки на пропорційність у вузькому сенсі можна добре схарактеризувати — як це й зробив Федеральний Конституційний суд Німеччини — як «очевидний» (*BVerfGE 95, 173 (187)*).

Висновки тютюнового процесу підтверджуються, якщо поглянути на інші справи. Значно складніший випадок представлений рішенням Федерального Конституційного суду про захист електронних даних. Студент, який мав марокканське громадянство та сповідував іслам, подав конституційну скаргу проти розпорядження нижчого районного суду в Дюссельдорфі — залишеного в силі

¹ Див. стосовно цього: [9].

вищими судами — яке вимагало від Відділу реєстрації жителів, Центрального реєстру іноземців і університетів передати дані про осіб чоловічої статі віком від 18 до 40 років стосовно, *inter alia*, їхніх віри, батьківщини, громадянства і предмета дослідження. Ці дані були передані для автоматичного опрацювання з метою виявлення потенційних терористів. Захід вважався виправданим у світлі загальної небезпеки терористичних актів після 11 вересня (*BVerfGE* 115, 320 (331)). Більшість Першого сенату Федерального Конституційного суду визнала захід втручанням «значної ваги» (*BVerfGE* 115, 320 (347)) у право заявника на захист персональних даних, що, на думку Суду, є окремим випадком загального права на свободу особистості (стаття 2 (1) у зв'язку зі статтею 1 (1) Основного закону). Суд вважає таке серйозне втручання виправданим у випадках безпосередньої небезпеки (*BVerfGE* 115, 320 (363)), а також у випадках небезпеки конкретної, але не у випадках абстрактної чи загальної загрози (*BVerfGE* 115, 320 (360)). Так, наш випадок вважається лише випадком абстрактної небезпеки (*BVerfGE* 115, 320 (369)), що характеризується як «ситуація загальної загрози» (*BVerfGE* 115, 320 (364)). Це означає, що втручання у право заявника є неконституційним. Обґрунтування цього — не дуже чітко розроблене у рішенні, яке зосереджене на втручанні у право, а не на підставах для цього втручання, — полягає в тому, що у випадках абстрактної небезпеки підстави для втручання мають тільки помірну вагу або у будь-якому разі менш серйозну¹ вагу, ніж втручання у право заявника. Відповідно, конституційна скарга була визнана обґрунтованою.

Якщо слідувати класифікації більшості, результат цілком прогнозований. Проте окрема думка Джастіса Хааса показує, що можливі різні класифікації або градації. На думку Дж. Хааса, втручання у право заявника має лише «незначну вагу» (*BVerfGE* 115, 320 (379)), тоді як гарантія безпеки є дуже важливою. Ці класифікації означають, що конституційна скарга не обґрунтована. Тут цікаві два моменти. Перший — те, що обидві сторони навели численні аргументи на користь своїх класифікацій. Аргументи більшості на користь визнання втручання серйозним сягають понад одинадцять сторінок (*BVerfGE* 115, 320 (347–357)), аргументи Дж. Хааса на користь оцінки його як «незначного» сягають понад чотири сторінки (*BVerfGE* 115, 320 (371–374)). Це показує, що балансування — не просто проблема класифікації, градації або рейтингу, а по суті проблема аргументації. Другий момент — те, що аргументація може привести не тільки до згоди, як у тютюнової справі, але також і до незгоди. Питання в тому, які наслідки це має для обґрунтування конституційного контролю.

4. Розсуд

Можна здійснити набагато глибший і ретельніший аналіз двох випадків за допомогою Формули зважування [11], що є не чим іншим, як математичною реконструкцією Правила балансування у його зв'язку з другим Правилем балансування, що стосується епістемологічної впевненості [3, с. 418–419]. Це, однак, не буде розглядатись тут. Єдиний момент цікавий у даному контексті. Це той факт, що теорія балансування, будучи заснованою на теорії принципів, нерозривно пов'язана з теорією розсуду. Слід розрізняти два види розсуду: структурний та епістемологічний.

¹ Ця альтернатива передбачає застосування дуально-тріадної шкали (див. щодо цього: [10]).

Найважливіший різновид структурного розсуду — розсуд у балансуванні [3, с. 396–414]. Балансування передбачає зважування, як це ілюструють два приклади [12, с. 166]. У конституційному праві можливі тільки окремі шкали вимірювання з грубими критеріями. Прикладом є триступенева шкала з градаціями «легкий», «помірний» і «серйозний». Існують численні можливості для вдосконалення шкали. Особливий інтерес становить дуально-тріадна шкала. Вона складається з дев'яти кроків, або, значень, починаючи з легкого-легкого, тобто дуже легкого, продовжуючи помірно легким і завершуючи серйозним-серйозним, тобто дуже серйозним. Украй важливо, щоб можливості уточнення були обмеженими. Усі класифікації представляють судження, і вони, як показують два приклади, потребують обґрунтування. Обґрунтувати можна тільки дещо зрозуміле. Досить легко зрозуміти такі твердження, як «Втручання легке» або «Втручання є серйозним помірним втручанням». Проте як слід розуміти вислів «Втручання є серйозним легким втручанням помірного характеру»? [9, с. 30–31]. З цієї причини шкала не може бути нескінченно дрібною або суцільною. Вона має бути грубою і дискретною. Чим грубіші ділення шкали, тим більша ймовірність патових ситуацій, тобто якщо використовується триступенева шкала, часто трапляються випадки, в яких і ступінь втручання у перший принцип, і ступінь важливості другого можна визначити водночас і як «легкий», і як «помірний», і як «серйозний». У таких патових ситуаціях парламент, з точки зору конституції, вільний вирішувати, як хоче.

Епістемологічний розсуд не менш важливий. Він виникає у випадках емпіричної або нормативної невизначеності. У таких випадках формальний принцип наявності права законодавчої влади ухвалювати рішення може виправдовувати застосування нею розсуду [3, с. 422–425; 13, с. 330–331].

Існування цих двох різновидів розсуду показує, що міркування конституційного суду відрізняється від того, що відбувається в парламенті. Більшість у парламенті не може схвалити закон, який не говорив би нічого, крім того, що можна ухвалити рішення як за, так і проти певного правила. Конституційний суд може ухвалити таке рішення, і він фактично повинен робити це у всіх випадках розсуду. Це означає, що конституційний контроль обмежений регулюванням меж повноважень законодавчої влади. Це важливий момент, коли йдеться про принцип демократії. Це знижує інтенсивність втручання конституційного контролю у принцип демократії.

III. Конституційні права, права людини і представництво

Поступка у вигляді розсуду служить для пом'якшення проблеми демократичної легітимності конституційного контролю. Проте ця поступка сама по собі неспроможна вирішити проблему, оскільки залишає відкритим інституційне питання про те, хто повинен визначати межі законодавчих повноважень. У випадку колізії між конституційними правами, а також між конституційними правами і колективними благами ця проблема може бути вирішена тільки шляхом балансування. Встановлені за допомогою балансування межі можна назвати «збалансованими межами». Законодавчий орган виходить за них, коли втручання певної норми у суб'єктивне конституційне право має більшу вагу, ніж аргументи на користь його обґрунтування. Однак парламент, який видав це правило, буде регулярно заявляти про його конституційність, що передбачає його пропорційність, а також те, що підстави втручання мають як

мінімум таку саму вагу, як саме втручання. Критик конституційного контролю, який приймає тезу про те, що балансування є формою раціональної аргументації, може, втім, запитати у таких випадках, чому судження конституційного суду повинні мати пріоритет над судженнями законодавчого органу. Відповідь на це питання впливає з поєднання трьох аргументів: формального, сутнісного і процедурного.

1. Контроль чи безконтрольність?

Формальний аргумент складається з класичної максими *nemo iudex in sua causa* (не можна бути суддею у власній справі)¹. Джеремі Уолдрон довів, що «важко побачити силу цього аргументу» [14, с. 1400]. Завжди має бути «якась особа або інституція, чиє рішення є остаточним» [14, с. 1400], і особа чи інституція, яка має останнє слово, «*ipso facto* визначає прийнятність власної точки зору» [14, с. 1401]. Слід погодитись з Дж. Уолдроном у тому, що остання інстанція не може контролюватись наступною інстанцією, позаяк у такому разі вона не була б останньою. Проте проблему останньої інстанції слід відрізнити від проблеми контролю. Якщо відсутній будь-який конституційний контроль, немає контролю над законодавчим органом стосовно того, чи не порушує він сам конституційні права, дотримання яких вимагає. Відсутність жодного інституціонального контролю контролюючої інстанції — це окреме питання. Той факт, що остання інстанція неконтрольована, не означає, що вона не може контролювати інші інстанції. Залишилось питання про те, чи є контроль неконтрольованої інстанції кращим за відсутність контролю взагалі. Гадаю, для конституційних прав буде краще, якщо ми оберемо перше. Однак чому вони мають бути краще захищені? Це питання приводить до другого аргументу, сутнісного.

2. Конституційні права і права людини

Сутнісний аргумент заснований на важливості конституційних прав. Важливість конституційних прав впливає з того факту, що конституційні права — це права, які зафіксовані в конституції з суб'єктивною або об'єктивною [15] метою трансформації прав людини у позитивне право, інакше кажучи, з метою позитивування прав людини *qua* моральних прав [16, с. 178]. Моральні права — це права, які дійсні виключно з причини їх правильності. У цьому сенсі це ідеальні права. Тому конституційні права як спроба позитивування прав людини мають подвійну природу. Як позитивні права вони мають реальний, або інституційний, вимір. Але ідеальний, або критичний, вимір моральних прав *qua* над-позитивних прав продовжує існувати, незважаючи на їх позитивування. Як наслідок, обґрунтування конституційного контролю не обмежене, як переконує нас Г. Кельзен, зверненням до ієрархічної структури позитивного права. Крім цього, обґрунтування конституційного контролю може також базуватись на моральних аргументах. Зараз права людини *qua* моральні права охоплюють право бути захищеним, і це право на захист не усувається їх позитивуванням. Навпаки, їх позитивування слід вважати спробою зміцнення прав людини *qua* моральних прав. Відмовитись від конституційного контролю — означає радше зруйнувати, ніж зміцнити, право на захист.

¹ Див. з цього приводу: [2, с. 6].

До цього слід додати аргумент, заснований на засадничому характері конституційних прав, який, знову ж таки, може бути підтриманий аргументом прав людини [4]. Конституційні права *qua* принципи потребують оптимізації. У випадках, коли парламент відповідає на питання про їх порушення негативно, вони отримують додатковий захист, якщо існує конституційний суд, уповноважений відповісти на це питання ствердно¹. Цього кращого захисту вимагає принцип захисту конституційних прав, який є мета-принципом щодо різних принципів, представлених конституційними правами. Цей мета-принцип поєднує формальний і сутнісний аргументи.

3. Аргументативне представництво

Аргумент кращого захисту, однак, враховується тільки якщо такий захист є легітимним і правильним. Як легітимність, так і правильність, можуть бути встановлені на останньому етапі шляхом аргументативного представництва. Це процедурний аргумент.

А. Демократія і представництво

Легітимність конституційного контролю в контексті принципу демократії має негативний і позитивний аспекти. Негативний аспект стосується питання про те, наскільки інтенсивно конституційний контроль втручається у легітимовані демократичним шляхом повноваження парламенту. Чим нижчий ступінь втручання, тим вища легітимність. Це питання теорії розсуду. Теорія розсуду встановлює випадки, коли втручання у принцип демократії перешкоджає конституція. Ці випадки можна назвати «випадками невтручання». Негативний аспект полягає у наданні принципу демократії меншої ваги стосовно принципу захисту конституційних прав, тобто такої ваги, яка обернено пропорційна ступеню розсуду, наданого законодавцю. Обернена пропорційність полягає у зменшенні інтенсивності втручання у принцип демократії відповідно до збільшення ступеня розсуду.

Позитивний аспект стосується збільшення ваги принципу захисту шляхом встановлення його зв'язку з принципом демократії. Такий зв'язок означає, що принцип демократії можна знайти на обох сторонах колізії. Це значно покращує справи конституційного контролю. Слід розрізняти дві версії позитивного аргументу. Перша — добре відомий аргумент щодо того, що конституційний контроль є легітимним, оскільки служить захисту передумов демократії. Це, однак, не повинно розглядатись тут. Друга версія позитивного аргументу набагато цікавіша, позаяк звертається до всіх конституційних прав, а не тільки тих, які стосуються процесу демократичного формування волі. Це аргумент аргументативно-го представництва.

Вихідний пункт аргументу аргументативного представництва — той факт, що конституційний контроль являє собою здійснення державної влади. У випадках, коли закони втрачають чинність, йдеться, за висловом Г. Кельзена, про «негативну дію законодавства» [17, с. 187]. Останнім часом конституційні суди часто видають вказівки парламенту стосовно позитивних дій держави у сфері захисних прав, а також прав соціальних. Це позитивна дія законодавства, або

¹ У випадках колізій між конституційними правами і колективними благами пріоритет конституційних прав очевидний. Однак питання є складнішим у випадках колізій між конституційними правами. Тут більший захист одного права призводить до меншого захисту іншого. У такому разі більший захист означає «більший захист там, де цього вимагає правильність».

принаймні щось наближене до неї. У демократичній державі, де — як встановлено у статті 20 (1)(1) Основного закону Федеративної Республіки Німеччина — «уся державна влада виходить від народу», конституційний контроль *qua* негативне або позитивне законодавство може бути легітимним тільки якщо він виходить від народу. Це означає, що він є легітимним тільки якщо він може вважатися представництвом народу.

Представництво — це подвійне відношення між *repraesentandum* (тими, кого представляють) і *repraesentans* (представниками). У випадку парламентського законодавства відношення між тими, кого представляють, — народом — і представниками — парламентом — по суті обумовлене вільними і загальними виборами та можливістю контролю шляхом заборони переобрання. Тепер можна намалювати картину демократії, яка не містить нічого, крім системи ухвалення рішень, зосередженої навколо поняття виборів і правила більшості. Це була б суто децизіоністська модель демократії. Однак адекватний концепт демократії повинен охоплювати не тільки рішення, а й аргументи. Включення аргументації до концепту демократії робить останню деліберативною. Деліберативна демократія — це спроба інституціоналізувати дискурс (наскільки це можливо) як засіб ухвалення публічних рішень. Тому зв'язок між народом і парламентом повинен визначатись не тільки рішенням, вираженим у виборах і голосуванні, але також і аргументами. Таким чином, представництво народу парламентом є водночас вольовим, або децизіоністським, і аргументативним, або дискурсивним.

Б. Сутнісне аргументативне представництво

Представництво народу конституційним судом дещо відрізняється. Судді конституційного суду, як правило, не мають безпосередньої демократичної легітимації та, що ще важливіше, народ зазвичай не може здійснювати контроль шляхом заперечення проти їх переобрання. Тому у попередній статті я визначив представництво народу конституційним судом як «суто аргументативне» [18, с. 579]. Маттіас Кумм зауважує, що суто аргументативне представництво було б схоже, наприклад, на «раду спадкових королів-філософів, що шукають справедливості», і, — наполягає він, — «вольовий зв'язок між народом і конституційними судами повинен існувати, якщо вони визначені як дійсно представницькі установи» [19, с. 206–207]. М. Кумм правий у цьому. В умовах демократії принаймні опосередкований виборчий зв'язок між народом і конституційним судом — у вигляді, наприклад, призначення частини представників, які обираються безпосередньо, — є необхідним, і більш того, ухвалення рішень у суді повинно включати якусь процедуру голосування. Але це не впливає на суть мого аргументу. Вирішальним є те, що незалежність суддів конституційного суду вимагає, щоб народ не міг контролювати їх шляхом зміщення з посади або — у будь-який спосіб — позбавлення можливості переобрання. Цього достатньо для того, щоб визначити представництво народу конституційним судом як *сутнісно* аргументативне [13, с. 338]. Беззаперечно, представництво народу, як парламентом, так і конституційним судом, має і вольовий, або децизіоністський, і аргументативний, або дискурсивний, виміри. В обох випадках вольовий, або децизіоністський, вимір представляє реальну, а аргументативний, або дискурсивний, — ідеальну сторону справи. Вирішальна відмінність полягає в тому, що аргументативний вимір у випадку конституційного контролю — це не просто другий вимір поряд з децизіоністським. Це сутнісний вимір. Це означає, що ідеальний вимір домінує у конституційному контролі.

В. Аргументативне представництво, правильність і прийняття

Критик конституційного контролю може заперечити, що це, врешті-решт, можна розглядати як надмірну ідеалізацію. Критик стверджуватиме, що сутнісне аргументативне представництво — це химера. Якщо ідеальне домінує над реальним, конституційний суд вільний проголосити будь-який аргумент таким, що представляє народ. Шлях, що розпочинається з конституційних прав і продовжується балансуванням, аргументацією і конституційним контролем, завершується ілюзією щодо можливості легітимації будь-чого.

Це заперечення можна спростувати, показавши, по-перше, що конституційний контроль як аргументація або дискурс не дозволяє усього, і, по-друге, що конституційний контроль як представництво може бути пов'язаний зі справжньою думкою народу. Конституційний контроль як аргументація не дозволяє усього, тому що у переважній більшості випадків кращий конституційний аргумент можна відрізнити від гіршого. Це аргументативно-теоретичне питання, на яке я спробував відповісти за допомогою теорії раціонального дискурсу. Звісно, теорія раціонального дискурсу не виключає «обґрунтованої незгоди» [20, с. 55]. Однак вона спростовує уявлення про розумність будь-яких розбіжностей. Якщо б усі розбіжності щодо прав були розумними, то аргумент Уолдрона проти судового контролю, заснований по суті на існуванні розбіжностей [14, с. 1366–1369], був би насправді достатньо сильним. Проте є випадки, у яких тільки одна відповідь є дискурсивно можливою¹, і в цьому сенсі, правильною. Справа про тютюн може бути гарним прикладом. У справі про електронні дані ситуація складніша. Наявність окремої думки одного з суддів показує, що існують розбіжності у самому суді. Обидві сторони апелюють до правильності, а вирішує більшість. Цей зв'язок аргументації і рішення легітимний, якщо вважати конституційний контроль процесом просування в напрямку правильності або істини. Це наш найкращий спосіб наближення до того, що є дискурсивно необхідним.

Існування гарних або правильних аргументів достатньо для обговорення чи рефлексії, але не для представництва. Тому ідеальний рівень аргументації та правильності має бути пов'язаний із реальним рівнем фактичного прийняття. Заяви суду про те, що його аргументи — це аргументи народу, недостатньо. Достатня кількість людей, принаймні у довгостроковій перспективі, має прийняти ці аргументи на підставі того, що вони є правильними. Це показує, що існують дві фундаментальні умови справжнього аргументативного представництва: перша — існування розумних або правильних аргументів і друга — існування достатньої кількості раціональних суб'єктів, тобто людей, які можуть і хочуть приймати розумні або правильні аргументи з причини їх розумності або правильності. Таких людей можна назвати, за аналогією з поняттям ліберальної людини Джона Ролза [20, с. 290], «конституційними людьми». Ці дві умови показують, наскільки важливими є передумови конституційного контролю. Вони виражають віру у розум. Однак без розуму уся справа демократичного конституціоналізму була б слабким механізмом. Це приводить до висновку, що якщо розум виправдовує демократичний конституціоналізм, а я гадаю, це так, то конституційний контроль обґрунтований як одна з його необхідних складових.

¹ Щодо понять дискурсивної можливості, необхідності та неможливості див.: [21, с. 207].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Kelsen H.* Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit / H. Kelsen // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. — Berlin and Leipzig : Walter De Gruyter & Co, 1929. — Issue 5. — S. 22–78.
2. *Kelsen H.* Wer soll der Hüter der Verfassung sein? / H. Kelsen. — Berlin-Grunewald : Walther Rothschild, 1931.
3. *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights / R. Alexy. — Oxford : Oxford University Press, 2002.
4. *Alexy R.* Constitutional Rights and Proportionality / R. Alexy // *Revus.* — 2014. — No 22. — P. 51–65 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: www.revus.eu.
5. *Beatty D. M.* The Ultimate Rule of Law / D. M. Beatty. — Oxford : Oxford University Press, 2004.
6. *Stone Sweet A.* Proportionality Balancing and Global Constitutionalism / A. Stone Sweet, J. Mathews // *Columbia Journal of Transnational Law.* — 2008. — Issue 47. — P. 72–164.
7. *Habermas J.* Between Facts and Norms / J. Habermas. — Cambridge : Polity Press, 1996.
8. *Schlink B.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit / B. Schlink // *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht.* — Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. — Vol. 2.
9. *Alexy R.* The Construction of Constitutional Rights / R. Alexy // *Law & Ethics of Human Rights.* — 2010. — Issue 4. — P. 26–32.
10. *Alexy R.* On Balancing and Subsumption / R. Alexy // *Ratio Juris.* — 2003. — Issue 16. — P. 445.
11. *Alexy R.* The Weight / R. Alexy // *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law.* — Krakow : Jagiellonian University Press, 2007. — P. 9–27.
12. *Barak A.* The Judge in a Democracy / A. Barak. — Princeton : Princeton University Press, 2006.
13. *Alexy R.* Comments and Responses / R. Alexy // *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy.* — Oxford : Oxford University Press, 2012.
14. *Waldron J.* The Core of the Case against Judicial Review / J. Waldron // *Yale Law Journal.* — 2006. — Issue 115.
15. *Alexy R.* Constitutional Rights and Proportionality / R. Alexy // *Revus.* — 2014. — № 23.
16. *Alexy R.* The Dual Nature of Law / R. Alexy // *Ratio Juris.* — 2010. — Issue 23.
17. *Kelsen H.* Judicial Review of Legislation / H. Kelsen // *The Journal of Politics.* — 1942. — Issue 4.
18. *Alexy R.* Balancing, Constitutional Review, and Representation / R. Alexy // *International Journal of Constitutional Law.* — 2005. — Issue 3.
19. *Kumm M.* Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial / M. Kumm // *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy.* — Oxford : Oxford University Press, 2012. — P. 206–207.
20. *Rawls J.* Political Liberalism / J. Rawls. — New York : Columbia University Press, 1993.
21. *Alexy R.* A Theory of Legal Argumentation / R. Alexy. — Oxford : Clarendon Press, 1989.

Алексі Р. Конституційні права і конституційний контроль

Анотація. Стаття присвячена проблемі обґрунтування конституційного контролю або співвідношення конституційного контролю та демократії. Головна теза полягає у тому, що конституційний контроль обґрунтовується, з одного боку, теорією принципів, а з другого — теорією аргументативного представництва. У статті послідовно розкриваються три аргументи на користь конституційного контролю: формальний (конституційний суд контролює дотримання парламентом конституційних прав), сутнісний (конституційний контроль покликаний надати додатковий захист конституційним правам як позитивованим правам людини) і процедурний (конституційний контроль є «аргументативним представництвом» народу). Висновок полягає у тому, що розум виправдовує демократичний конституціоналізм, а конституційний контроль виявляється обґрунтованим як одна з необхідних складових такого конституціоналізму.

Ключові слова: конституційні права, конституційний контроль, аргументативне представництво, балансування, демократія.

Алекси Р. Конституционные права и конституционный контроль

Аннотация. Статья посвящена проблеме обоснования конституционного контроля или соотношения конституционного контроля и демократии. Главный тезис состоит в том, что конституционный контроль обосновывается, с одной стороны, теорией принципов, а с другой — теорией аргументативного представительства. В статье последовательно раскрываются три аргумента в пользу конституционного контроля: формальный (конституционный суд контролирует соблюдение парламентом конституционных прав), сущностный (конституционный контроль призван предоставить дополнительную защиту конституционным правам как позитивированным правам человека) и процедурный (конституционный контроль являет собой «аргументативное представительство» народа). Вывод заключается в том, что разум оправдывает демократический конституционализм, а конституционный контроль оказывается обоснованным как одна из необходимых составляющих такого конституционализма.

Ключевые слова: конституционные права, конституционный контроль, аргументативное представительство, балансирование, демократия.

Alexy R. Constitutional Rights and Constitutional Review

Summary. The article deals with the problem of justification of the constitutional review or the relation between constitutional review and democracy. The main thesis is that on the one hand constitutional review is justified on the basis of principles theory and on the other hand it is based on the theory of argumentative representation. Three arguments in favor of constitutional control are consistently revealed in the article: formal (the constitutional court controls compliance with constitutional rights by the parliament), substantive (constitutional review is designed to provide additional protection of constitutional rights as positimized human rights) and procedural (constitutional review is an «argumentative representation» of the people). The conclusion is that our mind justifies democratic constitutionalism, and constitutional review is detected reasonable as one of its necessary components.

Key words: constitutional rights, constitutional review, argumentative representation, balancing, democracy.

ЖУРНАЛ «*DROIT ET SOCIÉTÉ*» (ФРАНЦІЯ) ЛИСТ-МАНІФЕСТ «ДО 30-Ї РІЧНИЦІ»

ПРИЗНАЧЕННЯ АКАДЕМІЧНОГО ВИДАННЯ

Від редакції журналу «Філософія права і загальна теорія права».

З нагоди своєї 30-ї річниці журнал «*Droit et Société*» («Право і суспільство») (Франція)¹ виступив з ініціативою скласти лист-маніфест, під яким могли б підписатися інші журнали, що працюють за близькою тематикою й мають ті самі принципи в основі своєї діяльності.

На даний момент сорок п'ять видань з більше ніж двадцяти п'яти країн світу приєдналися до цього маніфесту. Серед них — журнал «Філософія права і загальна теорія права» (Україна). Нижче наводимо текст листа-маніфеста.

«3 квітня 2015 року»

«Право і суспільство» святкує своє 30-річчя. Це чудова нагода звернутися до тих, заради кого існує журнал, — до вас, наших читачів і авторів. Це також прекрасна можливість для діалогу з іншими міжнародними академічними виданнями, що задіяні в тих самих сферах знань і ставлять перед собою ті самі цілі.

Цей ювілей є приводом не стільки для вшанування власних чеснот журналу, скільки для того, щоб розділити з іншими виданнями бачення своєї місії, яка полягає у прагненні до формування знань з точки зору самотності, духу, який відображає таку місію, бачення основоположних принципів діяльності.

«Право і суспільство» виникло на стику теорії права та соціології права. Пошук сенсу права, його інтерпретація поступово стають невіддільними від пошуку знань за допомогою соціальних наук, які дають відповідь на питання, що є законом, через який право



¹ «Право і суспільство» — міжнародний часопис теорії права та юридичної соціології, заснований у 1985 р. Андре-Жаном Арно, Жаком Коммелем та Жаном-Франсуа Перреном. Він є новою серією міжнародного часопису з теорії права, заснованого у 1928 р. Гансом Кельзенем, Леоном Дюгі, Францем Вейром. Установчий науковий комітет: Пьер Бурдьє, Жан Сарбонньє, Масажи Шіба, Мішель Крозьє, Елас Діаз, Лоуренс Фрідман, Ніклас Луман, Ренато Тревес. Шефи-редактори: Андре-Жан Арно і Жак Коммель.

говорить, через який функціонує, виявляє, з особливою силою, соціальні трансформації.

Інтелектуальна пригода, представлена на сторінках журналу, буде успішною тільки за умови, якщо вона одночасно є людською пригодою. Вирішальним елементом вихідної концепції цього проекту є мультидисциплінарність. Це вимагає уважності, толерантності і, більше за все, готовності прислухатися до принципів «інакшості», поза спеціалізаціями й компетенціями, дисциплінарною відданістю й науковими школами.

Журнал — це більше, аніж набір знань. Він може бути спільнотою, яка прагне реалізувати утопічну «республіку вчених», що наділена силою подолати штучність в усіх її проявах — інтелектуальному, ідеологічному, політичному, управлінському — й стати простором обміну й зіткнення ідей, місцем дебатів, де єдиний імператив — постійний пошук, у даному разі, розуміння права, яке, саме по собі, є відображенням суспільного функціонування і його становлення, незважаючи на наявні загрози, приниження, але й також надії, що надають сил. Журнал може бути місцем безкорисливості в тому сенсі, що його єдиною метою є вироблення знань, необхідних не тільки для світу вчених, але потребою перед обличчям мінливості сучасного й майбутнього соціального та політичного світів.

Поширення всього зазначеного вище є побажанням журналу «Право і суспільство» з нагоди його 30-річчя. Краща нагорода, яку може отримати журнал у цьому зв'язку, — це впевненість у тому, що кількість журналів по всьому світу з цієї ж сфери знань заявлять про свою відданість тим самим прагненням.

Редакція»

Список 45 журналів, що підписались під листом-маніфестом

- Actes sémiotiques (Франція)
- Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Іспанія)
- Anuario de Filosofía del Derecho (Іспанія)
- Brazilian Journal of Empirical Legal Studies (Бразилія)
- Co-herencia. Revista de Humanidades (Колумбія)
- Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho (Іспанія)
- Doxa (Іспанія)
- Estudios Socio-Jurídicos (Колумбія)
- Études politiques (Политически изследвания, Political studies) (Болгарія)
- Eunomia (Іспанія)
- Europeana (Китай)
- Foro : Revista de Derecho (Еквадор)
- Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (Туреччина)
- Isonomia (Мексика)
- Journal of Law & Society (Англія)
- Law & Society Review (США)
- Mexican Law Review (Мексика)
- Oikeus (Фінляндія)
- Oñati Socio-Legal Series (Іспанія)
- Passagens (Бразилія)

- Philosophy of Law and General Theory of Law (Філософія права і загальна теорія права) (Україна)
- Plaidoyer (Швейцарія)
- Polish Journal Prawo I Wiesz (Польща)
- Politique et Sociétés (Канада)
- Revista Argentina de Teoría Jurídica (Аргентина)
- Revista Crítica de Ciências Sociais (Португалія)
- Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (Бразилія)
- Revista Direito GV (Бразилія)
- Revista Eletrônica Direito em Sociedade (Бразилія)
- Revista Internacional de Pensamiento Político (Іспанія)
- Revue Canadienne Droit et Société / Canadian Journal of Law and Society (Канада)
- Revue Hellénique de Science Politique (Греція)
- Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques (Бельгія)
- Revus : Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Словенія)
- Rhetoric and Communications E-Journal (Болгарія)
- Rivista di Filosofia del Diritto (Італія)
- Russian Law Journal (Росія)
- Social & Legal Studies (Англія)
- Sociologia del diritto (Італія)
- SociologieS (Франкомовний світ)
- Southeastern Europe (Європа)
- Studia Europea (Румунія)
- The Sociology of Law (Японія)
- The Journal of Chinese Sociology (Китай)
- Zeitschrift für Rechtssoziologie (Німеччина)

ПРАВО, РОЗУМ ТА ЕМОЦІЇ: XXVII ВСЕСВІТНІЙ КОНГРЕС З ФІЛОСОФІЇ ПРАВА І СОЦІАЛЬНОЇ ФІЛОСОФІЇ

(27 липня – 1 серпня 2015 р., Вашингтон, США)

З 27 липня по 1 серпня 2015 р. у столиці Сполучених Штатів Америки м. Вашингтоні відбувся XXVII Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії на тему «Право, розум та емоції». Понад 800 філософів і теоретиків права зібралися з усіх куточків світу, щоб висвітлити всі аспекти цієї багатогранної теми.

Конгрес проходив під егідою Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR) та Американської асоціації філософії права і соціальної філософії (AMINTARNIL). Безпосередньо приймали цей форум і забезпечували його роботу Вашингтонський коледж права Американського університету, Правовий центр Джорджтаунського університету, Правова школа Університету Джорджа Вашингтона, Правова школа Балтиморського університету та Бібліотека Конгресу США. Усі робочі заходи проходили у Правовому центрі Джорджтаунського університету, який розташований у центрі міста, у трьох кварталах від Капітолія.

На церемонії відкриття Конгресу **27 липня** з вітальним словом виступили віце-президент IVR **Рікардо Гібурґ** (Аргентина), заступник декана з наукових досліджень Правового центру Джорджтаунського університету **Грегорі Класс** та президент Організаційного та Програмного комітетів Конгресу, професор Університету Балтимора **Мортімер Селлерз**. У своїй промові професор Селлерз



Відкриття Конгресу. Виступає президент оргкомітету Конгресу, професор Мортімер Селлерз, Університет Балтимора, США

наголосив, що загальна тема Конгресу «Право, розум та емоції» порушує фундаментальні питання про природу і мету права. Хоча всі правові системи служать розуму та справедливості, вони також повинні визнавати і поважати емоційну основу людського суспільства. Це взаємовідношення між правом, розумом та емоціями може бути представлене у вигляді конфлікту, гармонії або в будь-якій іншій конфігурації, проте воно завжди буде характерною рисою правового дискурсу. М. Селлерз висловив упевненість, що ця тема збагатить усі аспекти філософії права та соціальної філософії, а його учасники зроблять значний внесок у її розробку. Також були зачитані вітальні листи президента IVR Ульфріда Ноймана (Університет Франкфурта, Німеччина), який за станом здоров'я не зміг приїхати до Вашингтона, президента АМІНТАРНІЛ Кена Кіпніста, директора Бібліотеки Конгресу Джеймса Біллінгтона та деканів чотирьох згаданих юридичних факультетів, що приймали Конгрес.

Робота Конгресу відбувалася у форматах пленарних засідань, робочих груп і спеціалізованих семінарів. Пленарні засідання розпочалися з доповіді професора права і філософії Правового центру Джорджтаунського університету **Робін Вест** (Robin West) «Правові емоції» (Lawful Emotions).

Вона підкреслила, що дискурс за темою «Право і емоції» вирізняється міждисциплінарністю та методологічним плюралізмом. Останні два десятиліття він формується навколо таких ідей, як часткове базування права в емоціях; забарвленість судового тлумачення права емоційним ставленням судді до сторін і обставин справи; вплив права не тільки на економічну та політичну, а й на «емоційну сферу»; врегулювання правом (особливо кримінальним, деліктним і сімейним) нашого емоційного життя; а також формування ідеалу справедливості, якого прагне право на підставі емпатичного знання про почуття іншого, що також частково відбувається на рівні емоцій. Ці твердження мають важливе значення для розуміння природи права, однак доповідач звернула увагу на інший важливий аспект зв'язку права із емоційним життям: здатність права викликати емоції, і, відповідно, впливати на емоційне здоров'я тих громадян, чиїх життів воно стосується.

Для підтвердження своєї тези Р. Вест — прихильниця та одна із провідних представників школи критичних правових досліджень і феміністської юриспруденції в США — звертається до аналізу чотирьох емоцій, що продукує у його адресатів право, які, на її погляд, є значною мірою нездоровими. Так, *американське конституційне право*, що фактично сакралізує Конституцію, формує авторитарні почуття підпорядкування, шанобливості й покори. *Приватне право* через інститут узгодження волевиявлень і принцип непорушності договору



Професор Робін Вест,
Джорджтаунський університет, Вашингтон, США

створює стан відчуження від наших власних суб'єктивних бажань і задовольень, від будь-якого об'єктивного змісту наших власних людських здібностей, легітимуючи будь-яку узгоджену умову і залишаючи лише «дисфорію за обопільною згодою» («дисфорія» у термінології доповідачки означає емоційний стан, протилежний ейфорії). Концепція «суспільства рівних можливостей», у світлі якої інтерпретуються різноманітні аспекти громадянських прав, хоча й внесла порцію необхідної чесності й базової справедливості до публічних і приватних інституцій, однак, вона також спричинила почуття занепокоєння та низької здатності до співчуття, оскільки призвела до фокусування уваги на наших власних недоліках й недоліках інших, до розвитку конкурентного середовища, в якому той, хто програв, не заслуговує на повагу. *Індивідуалізм* породжує страх, значною мірою спричинений відчуттям небезпеки, і цей страх розміщується прямо в серці сімейного життя — у вихованні дітей та у піклуванні за немічними. Процес виховання потребує багато часу для піклування про дитину, що відриває дбайливого батька від кар'єри, робить такого батька менш конкурентоздатним порівняно з тими людьми, у яких немає дітей, або які не присвячують своїм дітям багато часу. Те саме відбувається і з тими, хто доглядає за старими батьками або інвалідами. Ці дисфункціональні або нездорові емоції завдячують своїм походженням радше праву, аніж сім'ї, є продуктом правового регулювання, сфокусованого на захисті індивідуальної свободи.

Оскільки право може викликати емоції страху, тривоги, розчарування, помсти, гніву, то й дослідникам тематики права й емоцій є сенс звернутися до розгляду питання про те, чи сприяє право емоційному благополуччю, а також здатності до морального взаємозв'язку з іншими, для чого емоційне благополуччя є таким важливим. Як підкреслила доповідачка, емоційне благополуччя сьогодні визнане однією з основних цінностей, які ліберальна держава саме і прагне розвивати, а тому право має бути перетворене з урахуванням цієї та інших емоційних цінностей — поряд із більш звичними ідеалами ефективності, продуктивності, цілісності, послідовності та принциповості.

Наступним того ж дня із доповіддю «Конституційне приручення емоцій» (The Constitutional Domestication of Emotions) виступив **Андраш Шайо** (András Sajó) — суддя Європейського суду з прав людини від Угорщини, професор Центральноєвропейського університету (Будапешт) та Університету Страсбурга.

Доповідач звернув увагу на те, що у сухій традиції раціоналізму емоції відокремлені від розуму, і право описується як механізм свідомого обговорення і вирішення проблем. Однак у дійсності розмежування розуму та емоцій є нестійким. Розум і емоції працюють в інтерактивному режимі в процесі ухвалення рішення людьми і в самому процесі створення правових інститутів, а також у пізнанні права.

А. Шайо наполягає на необхідності враховувати роль емоцій у правових інститутах, включаючи конституції. Конституційні інституції, на його думку, являють собою результат емоційно навантажених пізнавальних процесів та інструмент управління соціальними емоціями.

Емоції, і зокрема моральні емоції, роблять внесок у формування та руйнування публічних емоцій, оскільки вони виконують особливі функції соціального регулювання. Тому важливою проблемою є пояснення того, як емоції — типово особистий психологічний процес — спричинюють людську взаємодію. Страх (зокрема страх перед проявами жорстокості), співчуття, задрість тощо вплину-

ли не лише на регламентацію колективного застосування сили, у результаті чого було створено нові інститути (фундаментальні права, поділ влади), а й також на конкретні цінності, відображені у конституціях. Класичні конституції увібрали ті емоційно підтримувані моральні судження, які відповідали базовим людським емоціям і моральним інтуїціям. А. Шайо пропонує теорію відносної відповідності між конституційними почуттями і конституціоналізмом, згідно з якою центральні елементи конституціоналізму, зокрема права людини, знаходять натхнення і відгук у базових моральних почуттях.

Теорія відносної відповідності, яку пропонує доповідач, не стверджує, що конституційна система тримається завдяки відповідності конституційних інститутів (наприклад, прав людини) домінуючим емоційним вимогам і моральним емоціям, або що вона повинна існувати тільки із цієї причини. Вона пропонує лише часткове пояснення того, чому правові інститути приймаються суспільством (доповідач ілюстрував це практикою створення певних конституційних інститутів в посткомуністичній Угорщині), але це — не виправдання для існуючих правових інститутів. Висновки із теорії Шайо полягають у тому, що слід бути украй обережними з юридичним вирішенням соціальних і правових проблем, яке продиктоване і схвалене емоціями.



Учасники XXVII Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії

28 липня питання права, розуму та емоцій розглядалися у контексті моральної і політичної філософії у доповідях доцента філософського факультету Університету Упсали (Швеція) **Патриції Міндус** (Patricia Mindus) і професора філософії та права Університету Нью-Йорка (США) **Квамї Ентоні Аппіа** (*Kwame Anthony Appiah*).

П. Міндус у доповіді «Гнів розуму і благодать почуттів: виправдовуючи емоції у праві» (*The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law*) робить спробу розкрити значення емоцій для права. Вона бере до уваги існуючі у сучасній юриспруденції погляди на емоції у праві й актуалізує проблематику тезою про недостатню оформленість наукових положень щодо значення емоцій у процесі прийняття правових рішень. На основі цього

доповідачка пропонує чотири образи, які відображають різні погляди на прояв емоцій у процесі прийняття правових рішень, особливо при здійсненні судочинства: 1) неупереджений законодавець (*Жан-Жак*), для якого існує лише формальна раціональність, і здійснення правосуддя є, по суті, процесом аргументації, у той час як емоції є ірраціональними почуттями, які слід вигнати із судового процесу; згідно із цією позицією правосуддя є сліпим до пристрастей; 2) суддя, залежний у своїх настроях від того, як він поснідав (*пан Штейгер*), для якого правосуддя ґрунтується і на розумі, і на емоціях, а невизначеність законів і суддівська упередженість є звичною справою, тут емоції так само значущі для судового процесу, як і норми права; 3) *самовідданий Геркулес*, який виходить із того, що правосуддя має бути передбачуваним заради верховенства права, і судді повинні прагнути до неупередженості, у той час як пристрасті приховують рішення і сприяють упередженості; отже, правосуддя *повинно* бути байдужим до пристрастей, щоб не перетворитися на свою протилежність; 4) *суддя Соломон* із вираженим почуттям справедливості, для якого правосуддя *вимагає* практичного розуму, а отже, не може відбуватися без емпатії, співпереживання. За такого підходу, «інтуїція, емоції і совість є належними елементами юридичного мислення». У той час як позиції, що відповідають образам Жан-Жака, пана Штейгера й Геркулеса, ґрунтуються на ірраціоналістичному підході до емоцій, розуміння значення емоцій у праві, представлене образом Соломона, є заснованим на когнітивістському підході до емоцій, який розглядає їх як вид пізнання правового світу. З точки зору доповідачки, обидва ці підходи є проблематичними. Однак незалежно від позиції, яка відстоюється, правознавцям сьогодні потрібно глибше зрозуміти значення емоцій у праві.

Доповідь **К. Е. Аппія** «Належна повага: честь у житті права» (*A Decent Respect: Honor in the Life of the Law*) була присвячена питанням співвідношення гідності, честі та злочину. Він розглянув певні виклики праву, зумовлені ситуацією, коли існує невідповідність між правовими нормами та нормами честі, і запропонував шляхи протидії деяким із них. Почуття власної гідності — це адекватна реакція людини на впевненість, що вона має право на повагу до себе, так само як почуття сорому є адекватною реакцією на втрату цього права. Кодекси честі соціальних груп створюють підґрунтя набуття, відстоювання і втрати права на повагу. Тому честь виступає посередником між почуттям гордості та сорому, з одного боку, та між соціальними нормами — з іншого. Одним із найбільш значущих аспектів впливу кримінального покарання на тих, хто належить до світу честі, є вираження колективного судження щодо того, що правопорушник порушив важливий тип норм; саме тому природною реакцією представників цього світу є визнання того, що порушник втратив право на повагу до себе. Якщо порушник поділяє це судження, він відчуває сором. Протилежний механізм — як реакція на дії, що варті поваги, — відіграє провідну роль у формуванні відчуття громадянської гордості.

Показуючи проблему співвідношення права та честі на прикладі кількох традицій (зокрема, вбивства честі в Пакистані, бинтування ніг в Китаї, дуелі в Європі та Північній Америці), К. Е. Аппія розкриває глибинні емоційні підвалини концепту честі, що виражені в прагненні діяти відповідно до кодексів поведінки, характерних для групи людей, що поділяють спільну соціальну ідентичність. Такі емоції можуть бути набагато сильнішими за будь-які правові заборони, й ефективнішими за будь-які системи права.

Єдиний вихід із ситуації, коли норми честі вимагають протиправної чи аморальної поведінки – це практика колективного присоромлення, яка поклала край бинтуванню ніг у Китаї, і сьогодні може посприяти викоріненню вбивств честі в Пакистані.

Концепт честі, що репрезентує глибоко емоційний, нераціональний (а часто й протизаконний) бік соціального регулювання, є, таким чином, сферою інтересу не лише моральної теорії, а й правової філософії. Цей концепт дозволяє показати, наскільки безсилим може бути право та заклики людей до розуму й поваги до гідності. Адже часто правовій раціональності нема чого протиставити потужному та всеосяжному почуттю сорому та страху втратити повагу.



На секції «Філософія права Булигіна».
Професор Євгеній Булигін (Аргентина) знайомить учасників Конгресу
зі своєю новою книгою «Нариси з правової філософії»

29 липня для всіх учасників Конгресу відбулася екскурсія у Маунт-Вернон – Національний музей на території колишнього маєтку першого американського президента Дж. Вашингтона та у Старе Місто Александрія, де певною мірою зберігається архітектурна атмосфера XVIII–XIX ст.

30 липня пленарні доповіді були присвячені обговоренню питань співвідношення розуму та емоцій стосовно прав людини. Професор факультету права і дипломатії Католицького університету «Успіння Божої Матері» (Асунсьйон, Парагвай) **Даніель Мендонка Боннет** (Daniel Mendonca Bonnet) у доповіді «Права, розум та емоції. Конфлікт і рівновага прав» (Rights, Reason and Emotion: Conflict of Rights and Balancing Rights), яка була прочитана іспанською мовою, звернув увагу на наповненість нашого суспільного життя емоціями. Деякі вирази емоцій базуються на полеміці, що походять із вимог визнання і захисту певних прав. Головна увага була приділена конфліктам прав та їх розв'язанню завдяки методу врівноваження прав. Виходячи із низки випадків, доповідач запропонував нову реконструкцію цього методу, яка передбачає формалізацію окремих типів емоційних реакцій і пошук шляхів розв'язання конфліктів між такими реакціями на підставі формалізованих колізійних процедур.

Завідувач кафедри філософії та теорії права, юридичної соціології та міжнародного публічного права юридичного факультету Університету Цюріха

(Швейцарія) **Маттіас Мальман** (Mattias Mahlmann) запропонував для обговорення тему «Розум і права: нейрологія, філософія та засади правової справедливості» (Mind and Rights: Neuroscience, Philosophy and the Foundations of Legal Justice).

Доповідач звернув увагу на те, що наш час спричинює дуже серйозні політичні, культурні та теоретичні підстави для занепокоєння щодо проекту прав людини. Не слід приймати існування певного рівня цивілізації за належне втілення прав людини. Недалеке минуле навчає не мати надто багато впевненості у гідній людській поведінці. Він звернув увагу на те, що міркування з приводу розуму і прав можуть мати не тільки теоретичну важливість, а й практичну необхідність зрештою розвіяти сумніви з приводу обґрунтування прав людини, зміцнюючи зовсім не очевидну мотивацію щось робити, щоб захистити свої крихкі права там, де вони існують, і щоб допомогти підвищити їх вплив, підтримуючи джерела несправедливості в цьому світі. Відповідно до головної ідеї Загальної декларації прав людини всі люди мають певні невідчужувані права, а через «розум і совість» вони знаходяться в епістемологічній позиції розуміння, що їхні права обґрунтовані.

У пошуках відповіді на центральне питання своєї доповіді про те, яким насправді є зв'язок між людським мисленням, його структурою і проявами функціонування, та *ідеєю прав людини*, яка, безумовно, є одним із найбільш важливих продуктів людського мислення, він послідовно розглядає низку питань: 1) про значення теорії розуму (theory of mind), або сучасних знань про механізм роботи людського мозку, для етики та права; 2) про предмет дискурсу щодо прав людини (як підкласу моральних та правових суб'єктивних прав); 3) про витоки та походження прав людини (що дає змогу у критиці нападу на права людини з боку історичного, або генеалогічного, ревізійонізму вийти за межі історії прав людини і звернутися до глибокого занурення до епістемології та онтології прав); 4) про необхідність обґрунтування прав людини (теорія пізнання у сфері прав людини не має сенсу без нормативної теорії про те, як вони можуть бути обґрунтовані, тому що остання формулює претензії щодо епістемологічних переваг); 5) про остаточне значення сучасних знань про механізм роботи людського мозку для проекту прав людини (у цьому основному питанні рефлексії зачіпається другий фундаментальний виклик ідеї прав людини з боку сьогоденного нейрологічного неоемотивізму). У пошуках теорії обґрунтування прав М. Мальман окреслює три тези щодо її основних елементів: по-перше, немає ніякої теорії людських потреб (в сенсі всього, що має значення, цінність для людини) без субстанційної антропології; по-друге, будь-яка теорія прав втілює теорію історичних, соціальних і політичних умов реалізації людських потреб, цінностей; по-третє, будь-яка теорія прав людини повинна визначити основні нормативні принципи, насамперед, *принципи егалітарної справедливості та принципи людської турботи й солідарності*. Доповідь завершилася розкриттям того, що і як теорія прав людини може винести із сучасних знань про механізм роботи людського мозку, і конкретніше, взяти від менталістського погляду на етику та право.

31 липня з доповіддю «Інтерактивний розум у праві» (Interactive Reason in Law) виступив професор філософії права Центру поглибленого вивчення права і політики Вищої школи права Університету Хоккайдо (Японія) **Ко Хасегава** (Ko Hasegawa).

Головна ідея доповіді полягає в тому, що ми використовуємо наш розум у праві інтерактивно, особливо коли стикаємось із різноманітними нормативними конфліктами всередині правової системи та поза нею і намагаємось винести правове судження щодо справедливості у складних проблемних ситуаціях. Виходячи з цього, інша інтерактивна робота — робота морального почуття, особлива форма емоції — у даному контексті має неоціненне значення, і що інтерпретаційне розуміння права може бути значно розширене через розуміння всюдисущої роботи нашого розуму у важливих аспектах трансформації права. За доби глобалізації у праві відбуваються різні зміни, у ході яких протилежні ідеї конкурують всередині суспільств і між ними, і нам потрібно зрозуміти наслідки цих внутрішніх і зовнішніх розбіжностей у філософському осмисленні природи і поняття права. В аспекті співвідношення культурно-цивілізаційного і універсального у праві доповідач через окремий правовий досвід народів Східної Азії та особливо Японії спробував розкрити універсальну фундаментальну природу людських розуму та емоцій у праві.

Він використав три приклади для роз'яснення проблеми, яка його цікавила: а) проблема складних справ; б) конфлікт цінностей у праві в контексті модерну і постмодерну; в) зустріч і взаємопроникнення розбіжних ідей в умовах глобалізації. Ще один аспект цих прикладів стосувався стану правової багатоманітності, тобто неоднорідності правової практики у правових системах.

Аналізуючи як інтерактивні функції розуму та емоцій у праві, так і можливі взаємозв'язки між різними поєднаннями розуму та емоцій у різних правових ідеях та цінностях, з наголосом на роботі інтерактивного розуму, К. Хасегава дійшов таких висновків: 1) важливе значення для розв'язання проблеми, яка його цікавить, мають такі концепції, як інтерпретивізм Рональда Дворкіна у праві, плюралістичний релятивізм Девіда Вонга у сфері етики та ідея публічного розуму Джона Ролза в політичній філософії; 2) виявлення характерних особливостей інтерактивного розуму у праві має теоретичне значення для розуміння того, як у дійсності працює цей розум з точки зору герменевтики, особливо для досягнення глибокого розуміння логіки ранжування та побудови ієрархії конфліктуючих цінностей та ідей у праві; 3) практичне значення має виявлення передумов плідної роботи інтерактивного розуму у праві у термінах етики і надії на цей розум; 4) для того, щоб розглянути особливу роль емоцій у праві, важливо помістити емоції в контекст обговорення інтерактивного розуму у праві у відповідний інтерактивний спосіб; 5) слід визначити майбутні теоретичні завдання для розширення обговорення інтерактивного розуму у праві.

Традиційно завершила наукову програму Конгресу лекція переможця курсу IVR серед молодих науковців. Цього разу переможцем стала аспірантка Єльського університету, співробітник Єльського Центру права і філософії (США) **Леора Катц** (Leora Katz) з доповіддю «Чутливий ретрибутивізм» (Response Retributivism), яка була присвячена філософським проблемам теорії покарання.

Доповідачка підкреслила, що в основі теорії покарання лежить таємнича, але переконлива теза, що «покарання винного — це по суті добре». Це твердження стало предметом багатьох дебатів серед ретрибутивістів та антиретрибутивістів, які намагались подолати труднощі обґрунтування акта та інституту покарання, який накладає як моральні, так і неморальні обмеження на правопорушника у формі негативного впливу, осуду, позбавлення певних благ,

страждання та інших обмежень. Ретрибутивне обґрунтування покарання здійснюється шляхом висування двох взаємопов'язаних тез: що існує позитивне моральне значення призначення покарання і що цього значення покарання набуває тоді, коли воно «заслужене» (вимоги «ретрибутивного значення» і «заслуги»).

У доповіді пропонується альтернативний підхід до ретрибутивного значення і моральної магії заслуги. Відповідно до цього підходу, покарання слід розуміти з точки зору етики належної відповіді. Для обґрунтування цієї позиції вводиться поняття «мови відплати» ('language of retribution') – засобу, за допомогою якого можна здійснити змістовне розмежування. Доповідачка стверджує, що хоча багато хто заперечує проти ретрибутивного обов'язку карати як «варварського» або «жорстокого», вимагаючи ліквідації ретрибутивного покарання, необов'язково відмовлятися від ретрибутивізму, щоб відповісти на основні аргументи, покладені в основу цих заперечень. Необхідно обґрунтувати наступний обов'язок пом'якшення нашої мови відплати, водночас стверджуючи силу ретрибутивного обов'язку відповідати на правопорушення покаранням. Саме врахування напруги між цими двома обов'язками дає підстави для вирішення питання обґрунтованого покарання у межах так званого «чутливого ретрибутивізму».

На засіданнях 29 робочих груп деталізувалася і розвивалася загальна тема Конгресу. На 62 спеціальних семінарах відбувалися дискусії на інші теми, які були запропоновані учасниками Конгресу. Офіційною мовою заходу була англійська. Водночас деякі спеціальні семінари відбувалися іспанською та португальською мовами.

Україну на цьому науковому заході представили **С. Максимов** (Харків) з доповіддю «Верховенство права: апофеоз розуму чи результат емоційного вибору?» (для нього це був вже сьомий Конгрес за його участю), а також **О. Грищук** та **І. Тусак** (Львів), які дебютували у такому форумі, відповідно, з доповідями «Людська гідність як основа фундаментальних прав людини» та «Переосмислення прав, що зобов'язують».



Учасники Конгресу від України, Росії, Швейцарії та Бразилії

Наприкінці Конгресу відбулася Генеральна Асамблея IVR, де було підбито підсумки роботи керівних органів Міжнародної Асоціації у 2011–2015 рр. і обрано новий склад Виконавчого комітету та нового президента: ним став Мортімер Селлерз (Університет Балтимора, США). У промові після обрання професор Селлерз сказав: «Я дуже вдячний за честь, яку ви надали мені, обравши своїм президентом. Я успадковую енергійну і процвітаючу організацію від мого попередника, професора-доктора Ульфріда Ноймана, і хочу подякувати йому за його керівництво і натхнення. Мій основний обов'язок, як я бачу його в найближчі чотири роки, полягатиме у продовженні поширення ініціативи і постійного зростання IVR протягом останнього століття на більшу кількість людей, що представляють більше народів на більшій кількості форумів, ніж це було можливо раніше. Наша нова можливість публікувати тексти і спілкуватись on-line відкриває широкі перспективи для міжнародного обміну ідеями».

Було також оголошено, що наступний XXVIII Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії відбудеться у липні 2017 р. у м. Стамбулі, Туреччина. Його загальною темою буде «Мир у вимірах справедливості та філософії права».

С. МАКСИМОВ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА І РЕФОРМИ В УКРАЇНІ: серія круглих столів Харківського юридичного товариства у 2015 році

У квітні 2015 р. Харківським юридичним товариством спільно з часописом «Філософія права і загальна теорія права» було започатковано серію круглих столів, присвячених аналізу реформ, що проводяться або пропонуються до проведення в Україні, з точки зору їх відповідності вимогам верховенства права. У роботі круглих столів, що проходили у квітні-жовтні 2015 р., взяли участь понад сто учасників із визнаних центрів української юридичної науки — Харкова, Києва, Львова, Одеси, Ужгорода. Доповідачами й учасниками дискусій стали науковці, громадські діячі, правозахисники, зокрема відомі правознавці — представники різних шкіл вітчизняної юридичної науки: Д. Вовк, К. Горобець, М. Жернаков, Є. Захаров, В. Колісник, А. Колодій, В. Лемак, Д. Лук'янов, П. Любченко, С. Максимов, О. Овчаренко, О. Петришин, С. Погребняк, С. Рабінович, В. Речицький, В. Смородинський, В. Сущенко, О. Уварова, С. Шевчук та ін.

Предметом обговорення стали такі питання: «Верховенство права: передумови, вимоги, ризики», «Чесна характеристика вітчизняного правопорядку», «Дорожня карта реформ в Україні», «Конституційна реформа: pro і contra», «Закон “Про забезпечення права на справедливий суд”» та його потенційні наслідки в контексті верховенства права», «Реформа прокуратури та її вплив на верховенство права», «Адміністративна й адміністративно-територіальна реформа та їх зв'язок з верховенством права», «Люстраційні й антикорупційні проблеми на шляху до верховенства права», «Економічна реформа та її ймовірні наслідки для верховенства права».



Сергій Максимов, Олександр Петришин і Станіслав Шевчук
відкривають серію круглих столів «Верховенство права і реформи в Україні»

Відкрив серію круглих столів перший віце-президент Національної академії правових наук України, д-р юрид. наук, проф. **О. Петришин** (м. Харків), який привітав таку ініціативу і висловив надію, що вона стане доброю традицією. Вчений підкреслив, що з позицій сучасного стану правової науки запровадження верховенства права в національну правову систему передбачає насамперед висвітлення правової проблематики у контексті суспільства в цілому, а не лише його державно-владної організації, що тільки й здатне створити можливості для більш повного розуміння принципу верховенства права. Для цього зміст поняття права має бути поширеним не лише за межі його розуміння як «наказу держави», а й сукупності норм права як лише потенційних, хоча й загальнообов'язкових, правил поведінки у напрямі врахування певних ненормативних, діяльнісних аспектів, які є необхідними елементами реалізації правових норм, розуміння права як специфічної соціальної реальності. Тому для досягнення соціально значущого результату в системі правового регулювання стають важливими не лише норми права як взірці поведінки, а й відповідні процедури і процес здійснення приписів правових норм, який не повинен відриватися від них, а також їх змісту. Ці зауваження стають особливо актуальними в часи проведення реформ різних елементів національної правової системи.



Учасники круглого столу «Верховенство права і реформи в Україні»

Ідея верховенства права. Вступну характеристику верховенства права, що надала поштовху в подальшому обговоренні й у світлі якої розглядалися більш конкретні питання, надав д-р юрид. наук, проф. **С. Максимов** (м. Харків). Він зазначив, що верховенство права свого часу стало своєрідним відкриттям на всьому пострадянському просторі. Його осмислення починалося з банальних, простих, заснованих на семантиці інтерпретацій: право має верховенство над чим? Над законом, над державою. У подальшому, із поглибленням знань у цій

сфері, прийшло розуміння того, що верховенство права — це не якийсь конкретний принцип домінування чогось над чимось. Це ціла система принципів, положень, вимог, що відображають функціонування сучасної держави європейського зразка.

Як підкреслив С. Максимов, ідея верховенства права — це певний ідеал, регулятивна ідея, яка охоплює собою особливий тип взаємодії людини і влади й у цілому орієнтована на те, щоб влада була обмежена певними принципами, нормами, не виходила за встановлені межі.

Концепція верховенства права часто розглядається у світлі такого запитання: правління закону чи правління людей? Можливо, з точки зору звичних для нас цінностей це виглядає не зовсім приємно — з одного боку, бездушний, сухий, безликий, абстрактний закон, з другого — конкретні люди. З душею та емоціями. Кому ми віддамо перевагу? Звичайно, виникає бажання обрати людину, яка є людиною владною. Але в цей момент постає проблема: якою б не була людина, наділена владою, мають існувати визначені межі реалізації цієї влади, що задаються і принципами, і законами.

Верховенство права — це ідея, що у своїй основі містить філософський характер, і вона становить підґрунтя певного світогляду. С. Максимов при цьому ставить питання про те, який це світогляд. На його думку, йдеться про юридичний, або правовий, світогляд. Обмеженість будь-якої дії правилами, принципами, законами надає впевненості в наступному дні, гарантує передбачуваність наслідків своїх дій. Особа, зокрема, знає, що буде відповідати перед державою. Уже цей момент є значною мірою більш привабливим, ніж ситуація, коли людина є повністю залежною від розсуду владного суб'єкта. Переважно йдеться про політичну філософію, засновану на індивідуалізмі, коли вихідною тезою є визнання індивіда онтологічно й аксіологічно первинним. Індивід дійсно визнається вихідним пунктом і найважливішою цінністю в державі. Крім того, має бути присутнім політичний песимізм, тобто певна недовіра до влади, відповідно до тези, що влада — це добре, адже завжди необхідно, щоб вона діяла в певних межах. Одночасно із цим, важливо затвердити нормативний оптимізм, тобто переконаність у тому, що за допомогою законів, правил, прав ми можемо стримати владу і забезпечити нормальне функціонування суспільства.

Ми, як видається, досягли того моменту, про який говорив Р. Алексі щодо обґрунтування прав людини. Він запропонував конструкцію, що отримала назву «експлікативно-екзистенціальне обґрунтування права людини». Учений пов'язав конструкцію прав людини із конструкцією дискурсу, тобто обміну аргументами, коли люди є вільними і рівними в такому обміні аргументами. При цьому він розрізняв такі складові: одна справа — мати здатність до дискурсу, тобто до певного обміну аргументами, й вважати іншого рівним у дискурсі, й інша — бути готовим перевести цю схему дискурсу в реальне життя. Цей другий момент — суб'єктивний, екзистенціальний — часто-густо виступає каменем спотикання. Але він є вибором самого себе. Що здатне зрушити нас зі сфери простих розмов про верховенство права до реальної зміни суспільства, до реалізації цієї ідеї, цих принципів у нашому житті? Чи дійсно ми маємо бажання бути по-справжньому раціональними, дискурсивними, тобто тими, хто здатен і бажає жити в суспільстві, в якому все прозоро, всі діють за законом, і все те, чому навчають на юридичних факультетах, в юридичних вишах, що виступає певною ідеальною конструкцією, буде реалізоване в нашому житті. Отже, чи готові ми

до цього, чи приймаємо ми таке рішення? Якщо приймаємо, то діємо, а якщо ні, то нема обґрунтування тих самих прав людини, вони для нас лише предмет обговорення, ми будемо продовжувати читати курси про права людини, про їх філософію, про способи їх реалізацію. Так само ми маємо підійти і до конструкції верховенства права: на рівні дискурсу в нас все виходить, але на рівні екзистенційної самоідентифікації: хто ми і чи готові зробити цей вибір для того, щоб жити в цих умовах, для того, щоб надати кожному можливість на рівних брати участь у реальному обміні цими капіталами — і матеріальними, й ідеальними... Класики філософії права прописали цей ідеал, який дійсно є регулятивною ідеєю, але реалізація якого на практиці пов'язана із нашим екзистенційним вибором: хто ми і ким ми хочемо бути. Як ми себе виберемо, так і вибудується наше життя.

Зараз ми вже не обговорюємо питання «верховенство права чи верховенство закону», з приводу якого ще кілька років тому ламали списи. Принцип законності — це невід'ємний елемент системи верховенства права, тому що без елементарної законності є неможливою базова конструкція верховенства права, яка має декілька нашарувань. Це і легітимність законодавства та виконавчої влади, і незалежність судової влади, і прозорість у діяльності прокуратури, і гарантованість приватної власності тощо. Однак важливо перевести такий суто теоретичний дискурс у практичну площину, зрозуміти, як це працює щодо конкретних умов, щодо окремої людини. Саме в цьому вбачається головна мета проведення круглих столів, об'єднаних спільною темою «Верховенство права і реформи в Україні».

Верховенство права в Україні: передумови, ризики, перспективи. Продовжуючи думку С. Максимова, д-р юрид. наук, проф. **С. Рабінович** (м. Львів) підкреслив, що вихідний поняттєвий поділ можна провести, відповівши на питання: чим є для нас верховенство права? Чи є воно суто риторичною фігурою, декоративним елементом конституційного дизайну, який використовується у більшості держав, що оголошують себе демократичними, або ж це певна модель функціонування державних інститутів, яка фактично діє? Залежно від відповіді на ці запитання спосіб розгляду верховенства права й цілі такого розгляду будуть, очевидно, розрізнятися.

Якщо сприймати верховенство права як риторичну фігуру, вельми поширену в суспільно-політичному, філософсько-правовому, теоретико-правовому й низці інших суміжних дискурсів, у такому випадку, мабуть, маємо визнати, що цей принцип закріплено рівною мірою як у Конституції України, поряд із правовою державою, так і, у формі концепції «правової держави», в Конституції Російської Федерації, а також у документах на кшталт «конституцій» Криму, «конституцій» ДНР та ЛНР. Очевидно, що в таких випадках правознавство може виступати, подібно до середньовічної філософії, лише служницею офіційної політичної ідеології. На жаль, із подібним явищем стикаємося систематично, на пострадянських теренах у цьому річизці успішно захищаються дисертації та присвоюються наукові ступені.

Якщо ж розглядати верховенство права як діючу модель функціонування державних інститутів, з неминучістю звертаємось до конкретно-історичного підходу, в межах якого слід дати собі відповідь на питання, де і коли виникла згадана концепція, якими були історичні передумови її виникнення та які перспективи перенесення цієї концепції на інший культурний ґрунт, в інший еко-

номічний, історичний та політичний контекст. У цьому випадку ми повинні ставитися до верховенства права як до живого організму, який має свою історію виникнення, і, власне, тільки уважне вивчення цієї історії може дати відповіді на питання, за яких умов і наскільки цей організм може бути сприйнято іншою правовою культурою.

World Justice Project (проект «Справедливість у світі») — одна з міжнародних громадських організацій, яка регулярно проводить рейтинги 99 держав світу з визначення так званого індексу верховенства права. Очевидно, що методологія виявлення відповідних показників може обговорюватися й критикуватися, але деякі дані є показовими: за їх допомогою можна простежити певну вісь, за якою більш-менш послідовно розташовуються держави, що належать або до східної («орієнтальної»), або до західної (західноєвропейської й північноамериканської) правових культур. Прикметно, що індекс верховенства права незмінно виявляється дедалі вищим при віддаленні держави від Азії в напрямі на північний захід. Як видається, це явище не випадкове, тому що відображає відмінні культурні, історичні, ментальні, психологічні передумови розкриття дієвого потенціалу цієї концепції. І, очевидно, тут треба вести мову про якісні відмінності тієї ролі, яку інститут права як офіційний державний регулятор відіграє в історії західноєвропейської культури, з одного боку, і в культурі Східної Європи — починаючи з Візантійської доби і завершуючи періодом сьогоднішніх спадкоємців більшості культур Радянського Союзу — з другого.

Тут ми неминуче виходимо на соціокультурний, соціологічний вимір права. Адже залишаючись у сфері уможливленого споглядання правового ідеалу, ідеї верховенства «права самого по собі», верховенства права як чистого смислу тощо, не можемо вийти на нашу дійсність і відповісти на питання, наскільки все це може бути застосоване до нашого життя. У цьому аспекті видається показовою стаття С. Погребняка, що вийшла два роки тому в часописі «Філософія права і загальна теорія права», в якій чітко позначено перехід до соціології верховенства права на прикладах концепцій Д. Норта і Р. Інглхарта й аналізується можливість, а радше — неможливість для сьогоднішньої України реалізувати засаду верховенства права. Автор слушно наголошує, що йдеться тільки про нинішню Україну: вочевидь не виключено, що з настанням певних умов, згодом можна буде обговорювати вже питання здійснення цього принципу.

Отже, якими ж є фактори, або умови, успішної трансплантації принципу верховенства права на наш культурний ґрунт? Спираючись на соціологічну і політологічну літературу, виокремимо чотири групи таких чинників.

У першу чергу, це умови економічні, певний рівень національного добробуту. По-друге, це фактор, який може бути названо політичною полісуб'єктивністю. Вказаний чинник перебуває у безпосередньому зв'язку з економічним розвитком суспільства та його структуруванням: має існувати змагання економічних інтересів, що у політичній сфері знаходить свій вияв у множинності основних акторів, а у сфері ідеологічній — у ціннісному плюралізмі. По-третє, це, власне, культурна спадщина і, зокрема, ставлення до права у суспільній свідомості. Зрештою, це достатньо ефективна держава — ефективна настільки, що здатна інституційно забезпечувати реалізацію вимог верховенства права у повсякденній діяльності.

На перший погляд, сьогодні Україна перебуває ще вельми далеко від реалізації більшості з названих умов, окрім хіба що своєрідної форми політичної

полісуб'єктності — вузькогрупової й олігархічної, що відповідає періоду первинного перерозподілу суспільного багатства. На підтвердження цього можна навести також цитату з доповіді Генерального секретаря ООН «Панування права і правосуддя перехідного періоду в конфліктних та постконфліктних суспільствах»: «Надання допомоги суспільствам, що пережили війну, із відновлення панування права і ліквідації наслідків великомасштабних порушень законності в минулому, причому, в умовах, коли інфраструктура зруйнована, ресурси виснажені, загальна ситуація залишається неспокійною, населення психологічно травмовано та розділене, — складне і часто-густо непосильне завдання» (Документ ООН S/2004/616 від 23 серпня 2004 р.). Очевидно, завдання й справді складне. Але, як видається, події Євромайдану підтверджують те, що все ж таки історичний шанс і принципову можливість рухатися в напрямі реалізації цього принципу Україна має.

Завершальне питання: чи існує суспільний попит на верховенство права на сьогодні в Україні? На мій погляд, це питання можна адресувати провідним акторам політичної, економічної та правової систем: політичним елітам, «успішним бізнесменам» або ж олігархам і суддям; зрештою, воно може бути поставлене громадянському суспільству, яке вже народилося й діє.

Щодо політичних еліт, то, як виглядає, з їхнього боку попиту на верховенство права немає. Їхні дії та бездіяльність свідчать про те, що їх представники зацікавлені в консервації стану правової невизначеності, яка надає найбільший простір для реалізації власних інтересів. Щодо судової гілки влади достатньо навести лише один красномовний приклад, коли у відповідь на адвокатський запит заступник голови Верховного Суду України пояснив, що різний склад колегії цього Суду має право ухвалювати різні рішення щодо застосування однієї й тієї ж норми закону.

Отже, останнім та єдиним суб'єктом, який справді зацікавлений у реалізації принципу верховенства права, залишається тільки громадянське суспільство, інакше кажучи — ми з вами. Підтвердженням такого суспільного попиту може бути вже те, що нині Україна займає перше місце за кількістю звернень до Європейського суду з прав людини. Цілком очевидно, що безпосередньо сам народ не в змозі забезпечити реалізацію засади верховенства права у житті. З огляду на це йдеться про необхідність створювати постійно діючі, «проміжні» (згідно з термінологією католицької соціальної доктрини) структури, які могли б здійснювати контроль за функціонуванням інститутів державної влади, представляючи інтереси громадян. Вважаю, що лише в такому випадку зрештою зможуть виникнути передумови для реалізації принципу верховенства права в Україні.

До загальної характеристики верховенства права у своєму виступі також звертався суддя Конституційного Суду України, д-р юрид. наук, проф. **С. Шевчук** (м. Київ). Він зазначив, що верховенство права — це передовсім обмеження свавілля державної влади (*limited government*). Це те, що називається конституціоналізмом, який є протилежністю свавільному правлінню. Звичайно, держава, яка конституціоналізується, повинна слідувати конституції, що виступає, в тому числі, відображенням ідей природного права, які втілюються в її тексті імпліцитно. Але мало визнати принцип верховенства права. Потрібно забезпечити його юридичну дію. Це вказує на визначальну роль суду.

Отже, перша ознака верховенства права — це обмеженість влади, це переслідування державою чітко визначених легітимних цілей, що є виправданими в

демократичному суспільстві й про які можна сказати, що вони відповідають конституції.

Другий момент, про який слід говорити, надаючи характеристику верховенству права, — це всі ті принципи природного права, які «розсіяно по тексту конституції». Йдеться про статті першу, третю і восьму Конституції України. По суті, ці принципи втілюють у собі сучасне природне право, чинне право через конституційну юрисдикцію, конституційну модифікацію.

Третій момент — гарантованість безпосереднього звернення до суду з метою захисту порушених прав. Це означає, що, якщо права порушені, не має значення, яким актом — чи то нормативним, чи то індивідуальним — має бути забезпечено судовий захист.

І тут у нас, звичайно, є серйозні проблеми, оскільки суди занадто формалістичні, вони ще розвиваються в пострадянській парадигмі позитивізму. Більш того, навіть практику Європейського суду з прав людини вони підлаштовують, щоб виправдати свої явно антиправові дії. Є маса прикладів. Найбільш яскраві мали місце, коли рішення Європейського суду з прав людини використовувалися для обґрунтування заборони мітингів під час Революції Гідності. Тоді окремі суди посилалися на рішення цього Суду, але в тій частині, в якій було викладено позицію держави. Йдеться про правову позицію Європейського суду з прав людини щодо стихійного мітингу, яка була ним висловлена в одній зі справ проти Угорщини. Нагадаємо факти справи. У зв'язку із приїздом Прем'єр-міністра зібрався стихійний мітинг. На той момент в Угорщині діяв закон про мирні зібрання, який передбачав необхідність повідомлення про мітинг не менше ніж за три дні. Однак жителі зібралися стихійно, оскільки дізналися про приїзд Прем'єра тільки за декілька годин до цього. У зв'язку із цим мітинг було розігнано. Національні суди, підійшовши до застосування закону формально, визнали, що мало місце порушення закону, а отже, розгін мітингу був законним. Заявники дійшли до Європейського суду з прав людини, який вказав, що такий підхід призводить до порушення самої сутності права, оскільки право на мирний мітинг є гарантією права вільно висловити свою думку. Дії влади було визнано такими, що порушують Конвенцію... І от, власне, на це рішення й посилалися наші адміністративні суди, коли забороняли мирні мітинги під час Революції Гідності, тобто вони посилалися на рішення не в тій частині, де вказано, що сказав Європейський суд, а в тій, де наведено позицію держави. А держава завжди каже, що все нормально — треба було за три дні подавати заявку.

Тут ми маємо серйозну проблему — проблему правозастосування. У нас довгий час до Революції Гідності від суддів вищі керівники — Вища кваліфікаційна комісія суддів, Вища рада юстиції, вищі суди — вимагали, щоб вони слідували букві закону. Страсбурзьке прецедентне право підлягало застосуванню тільки у виняткових випадках, коли законом ситуація не врегульована, і взагалі виходили із того, що його краще не застосовувати. І у суддів зараз виник дисонанс, оскільки вимогу відповідності страсбурзькому прецедентному праву записано у двох люстраційних законах. І тут, звичайно, є такий момент, що до того, по суті, судова практика та правозастосування здебільшого базувалися на формальній догматичній моделі. Зараз судді починають розуміти, що їхнє майбутнє — все ж таки в їх незалежності. Буде незалежність судової влади — буде все, й буде верховенство права.

Характеристику верховенства права було доповнено членом Конституційної комісії, канд. юрид. наук, доц. **В. Речицьким** (м. Харків). Він зазначив, що в руках парламенту перебуває вся законодавча влада. І здавалось би, парламент, приймаючи закони, може написати все, що завгодно, все, що вважає бажаним, позитивним, виправданим тощо. Але насправді, в цьому випадку парламент буде діяти за принципом *«rule by law»*, тобто управління за допомогою закону, але це не буде *«rule of law»*, тобто управління під законом. Наприклад, визначити конституційний лад можна тільки референдумом. Якщо парламент зазіхає на цей аксіоматичний ряд, намагається його сам запропонувати, то він по суті виходить з-під порядкування закону, при цьому принцип верховенства закону не порушується, а принцип верховенства права очевидним чином порушується.

Індикатори верховенства права. Коли йдеться про верховенство права, то існує небезпека перейти до тих чи інших емоційних оцінок, які не дозволять поглянути на картину об'єктивно, обговорити проблему верховенства права у конкретній державі предметно. Отже, якими є ті індикатори, що використовуються для оцінки стану верховенства права у тій чи іншій державі? Огляд основних із них здійснила канд. юрид. наук **О. Уварова** (м. Харків). Одним із найбільш відомих й авторитетних проєктів є «Індекс верховенства права», підготовлений у межах більш широкого проєкту, що має назву «Світова справедливість». Ініціатором цього проєкту був виходець із Американської адвокатської асоціації, який у 2006 р. створив цей проєкт і долучив до нього 21 партнерську організацію. Вони підготували методологію оцінки верховенства права, визначили індикатори, за якими може оцінюватися верховенство права у конкретній державі.

Це, звичайно, не єдиний проєкт. Західні джерела найбільш часто посилаються на п'ять основних проєктів, які оцінюють стан верховенства права: 1) Доповідь про верховенство права, яку було підготовлено в 2014 р. у межах також більш широкого проєкту «Індикатори стабільного розвитку»; цей рейтинг було підготовлено міжнародним фондом, який позиціонує себе як незалежна й політично нейтральна організація, зі штаб-квартирою в Німеччині, в Гютерсло, він був заснований ще в 1977 р.; 2) рейтинг *«Freedom House»*, в якому більше уваги приділяється стану свободи в конкретній державі, але, тим не менше, часто в контексті верховенства права на нього також посилаються; 3) «Демократичний барометр», підготовлений Університетом Цюріха; 4) система індикаторів, розроблена ООН, що має свій збірник із поясненням методології, засобів оцінки; 5) система індикаторів верховенства права Світового банку.

Якщо говорити про ООН, то цим рейтингом охоплюється доволі обмежений перелік сфер оцінювання — судочинство, поліція та система виконання покарань. Напевно, що виходили з того, що, у принципі, це достатньо показові сфери, і якщо в них є проблеми, то напевно, що і в цілому з верховенством права у державі є проблеми. За кожною з цих сфер використовуються чотири основних напрями оцінювання: 1) ефективність роботи; 2) чесність, прозорість і підзвітність; 3) ставлення до уразливих груп; 4) забезпеченість матеріальними ресурсами, відповідними кадрами, якість адміністративного управління. Звичайно, ці чотири напрями також є такими достатньо абстрактними, і тому їх також деталізують. Всього утворено 25, так званих, корзин, і в кожній із них ставиться по декілька запитань. У результаті ми отримуємо доволі детальний опитувальник, який можна давати людині, щоб вона відповідала на ці питання.

Це такі, наприклад, питання як: «Якою мірою ви згодні з тим, що поліції у вашому регіоні можна довіряти?» з варіантами відповідей: «Повністю згідний», «Частково згідний», «Не згідний», «Зовсім не згідний». Або, наприклад: «Чи стикалися ви з випадками образливого поведіння поліції?» І так само відповіді: «Ніколи», «Рідко», «Стикався часто», «Стикався дуже часто». Або, наприклад, «Чи погоджуєтеся ви, що судді ставляться однаково до заявників незалежно від рівня їх статків, незалежно від раси, національного чи соціального походження, статі чи релігії?» І також варіанти відповідей: «Згідний», «Не згідний», а також різні ступені згоди чи незгоди.

Якщо повернутися до того індексу, який підготовлено в межах проекту «Справедливість у світі» (*World Justice Project*), то в ньому оцінці піддаються дев'ять сфер: 1) обмеженість державної влади; 2) відсутність корупції; 3) відкритість урядування; 4) фундаментальні права; 5) порядок і безпека; 6) правозастосування; 7) цивільне судочинство; 8) кримінальне судочинство; 9) неформальне судочинство. Кожен із цих факторів має субпоказники, субіндикатори, по 5–7 індикаторів за кожним із них. Наприклад, обмеженість державної влади розкривається через такі індикатори, як: «чи є державна влада ефективно обмеженою законодавством», «чи є вона ефективно обмеженою судовою гілкою», «чи можуть здійснювати неурядові організації контроль над державною владою» і, наприклад, «чи передбачена юридична відповідальність для державних службовців за проступки», і т. д. за кожним із цих індикаторів.

Якщо говорити про Україну, то за критерієм обмеженості державної влади у цьому рейтингу ми зайняли 84-ту позицію серед 99 країн поряд із Бангладеш, М'янмою, Мадагаскаром. Утім одне важливе зауваження: це рейтинг 2014 р., але в поясненнях до нього вказано, що при його укладенні вивчався період правління президента Януковича, який установив свій контроль над усіма гілками влади. І хоча це рейтинг 2014 р., але дані використовувалися за 2012–2013 роки.

За критерієм відсутності корупції Україна зайняла 94-ту позицію поряд із Пакистаном, Зімбабве та Кенією. За відкритістю урядування у нас 53-тя позиція, за повнотою фундаментальних прав — 55-та.

Найвищий наш показник — це порядок і безпека, який розкривається через такі індикатори, як ефективне розслідування злочинів, ефективне вирішення цивільних спорів тощо. Тут Україна зайняла 27-ме місце. За показником «якість правозастосування» — 84-те місце в оточенні Нігерії, Мадагаскару, Гватемали, за показниками «цивільне судочинство» і «кримінальне судочинство» — 49-те і 83-тє місця відповідно.

У цілому, Україна опинилася на 68-му місці серед 99 країн із загальною характеристикою країни з низьким середнім рівнем доходу, але одночасно із найнижчим рівнем злочинності та відносно сильним громадянським суспільством.

У контексті інформації, що прозвучала, канд. юрид. наук, доц. **Д. Лук'янов** (м. Харків) запропонував замислитися над тим, наскільки універсальною є концепція верховенства права. Сучасна глобалізація охоплює, в тому числі, й правові інститути. Тому постає питання про запровадження концепцій, які раніше були здобутком тільки західного суспільства, в африканських, східних країнах, у мусульманському суспільстві тощо. Критерії, за якими ми будемо рейтинги верховенства права, все ж таки більше стосуються держави, якою вона має бути. Але, як видається, говорячи про концепцію верховенства права, насамперед ми

маємо звернутися до того, яким є суспільство. Відповідно, питання полягає в тому, чи є ті чи інші критерії, яким має бути суспільство, щоб ми могли говорити про те, що в цьому суспільстві є можливою або, навпаки, неможливою побудова правової держави. І, зокрема, чи є в українському суспільстві ті необхідні якості, які б дозволили нам сказати, що є надія для правової держави? Або візьмемо для прикладу не Україну, а Афганістан. Чи є сенс примушувати афганське суспільство, нав'язувати йому стандарти правової держави?

С. Рабінович, відповідаючи на поставлене питання, зазначив, що якщо говорити про критерії, за якими має оцінюватися суспільство, то основним із них мав би стати рівень толерантності в ньому. Саме за цим критерієм можна оцінити готовність суспільства до впровадження справді правових стандартів. Складно сказати, наскільки цей критерій піддається формалізації, зокрема чи можна піддати оцінці ступінь поваги в суспільстві до гідності людини. Але це, безумовно, має братися до уваги. Також слід зважати на ступінь вкоріненості й поширеності неформальних практик комунікації як спосіб доступу до основних життєвих благ. Для цілої низки країн третього світу, для країн, що раніше входили до радянського табору, це залишається основним каналом доступу, і допоки цей канал домінує, вести мову про верховенство права ще не має сенсу.

Д. Лук'янов також поставив питання про те, якою має бути соціальна база — у кількісному вимірі — для того, щоб були наявними передумови для впровадження верховенства права. Д. Норт і Р. Інглхарт називають таку цифру: 30–40 % населення мають віддавати перевагу цінностям самовираження, а не матеріальним цінностям виживання. Тоді можна говорити про те, що суспільство має сталу базу для формування традицій верховенства права і демократії.

Принцип верховенства права в судовій практиці України. Цікавою ілюстрацією стану реалізації принципу верховенства права в Україні стали результати дослідження, з якими учасників круглого столу ознайомив канд. юрид. наук, доц. **В. Сущенко** (м. Київ). Він розповів, що Центром Національного університету «Києво-Могилянська академія» з дослідження проблем верховенства права та його втілення у національну практику України було здійснено предметну вибірку 230 з понад 2000 усіх судових рішень, включених у 2012–2014 рр. до Державного реєстру судових рішень України, та проведено аналіз відповідності цих рішень конституційному принципу верховенства права і положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Узагальнюючи результати аналізу судових рішень, експерти Центру для характеристики загальних тенденцій у вітчизняній судовій практиці навели такі показники:

— у значній кількості судових рішень принцип верховенства права та його складові згадуються без зв'язку із сутністю конкретної справи та найчастіше стосуються правової певності (визначеності) або доступу до правосуддя. У цьому контексті не можна визнати оптимальною практику судів щодо використання принципу верховенства права лише шляхом простого його згадування без розкриття тієї його ознаки, яка безпосередньо підлягає врахуванню в правовій аргументації та впливає на прийняття судового рішення.

Слід підкреслити, що навіть доцільне посилання на принцип верховенства права далеко не завжди означає наявність належної аргументації позиції суду в мотивувальній частині рішення;

— небажання суддів належним чином аргументувати власну позицію становить негативну тенденцію у судовій практиці. Водночас кількість судових рішень, які можуть бути прикладом якісного застосування принципу верховенства права, становить порівняно незначну частину від їх загальної кількості;

— належне застосування принципу верховенства права та його елементів з розгорнутою, логічною та доречною аргументацією міститься не більше, ніж у чверті проаналізованих судових рішень. Йдеться насамперед про справи щодо гарантій діяльності суддів, їх соціального захисту, неприпустимості впливу на незалежність і неупередженість суду і суддів. У цих категоріях справ використовується не тільки практика Європейського суду з прав людини, а й здійснюється комплексний ґрунтовний аналіз Конституції та законів України. Більше того, цитуються й тлумачаться міжнародні договори у цій сфері. При цьому слід констатувати, що наявність навіть таких посилань та аргументів далеко не завжди означає правильне і належне застосування принципу верховенства права у судовому рішенні. Більше того, іноді такими вагомими аргументами обґрунтовуються рішення, що за своєю сутністю де-факто суперечать змісту самого принципу;

— іншою сферою специфічного застосування принципу верховенства права та його елементів є судові рішення щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності Вищої ради юстиції чи Вищої кваліфікаційної комісії суддів України у справах щодо дисциплінарної відповідальності суддів. У цій категорії справ судами, насамперед Вищим адміністративним судом України, також використовується досить ґрунтовна аргументація застосування принципу верховенства права, практики Європейського суду з прав людини, міжнародних стандартів тощо.

Звертає на себе особливу увагу практика розв'язання спорів щодо обмеження прав громадян на мирні зібрання Вищим адміністративним судом України та адміністративними судами в цілому. Саме при розгляді цієї категорії справ адміністративними судами найчастіше порушувалася одна з визначальних складових верховенства права — принцип пропорційності, що дозволяє констатувати формально-догматичний підхід адміністративних судів до вирішення згаданої категорії справ, який спричинив масові порушення фундаментального права людей на мирні зібрання, а нерідко призводив до повного спотворення змісту цього права (вихолощення його змісту).

Крім того, використання практики Європейського суду з прав людини в основному обмежується посиланням судів на достатньо вузьке коло типових рішень з одночасним посиланням на відповідні статті Конституції, процесуальні кодекси України та поодинокі рішення Конституційного Суду України. Складається враження, що у більшості випадків посилання в судових рішеннях на принцип верховенства права — це «своєрідний ритуал» судової практики, який має засвідчити прихильність суддів до цієї демократичної цінності. Такий підхід, попри його надзвичайну «популярність» у судових рішеннях, не є виправданим та нівелює значення принципу верховенства права. Результати дослідження також свідчать, що значна кількість суддів не може повноцінно оперувати відповідними правовими і логічними конструкціями.

Конституційна реформа в Україні у світлі ідеї верховенства права. Цей блок питань розпочав своїм виступом д-р юрид. наук, проф. **А. Колодій** (м. Київ), виклавши свої думки щодо загальної характеристики конституційної реформи і тих критеріїв, яким вона має відповідати. Він зазначив, що будь-яке

соціальне явище, щоб бути дослідженим належним чином, має розглядатися з точки зору його минулого, сучасного і перспектив його розвитку.

Все те, що називали конституційною реформою (від Декларації про державний суверенітет України і до внесення змін до Конституції та роботи Конституційної Асамблеї) не є реформою по своїй суті, оскільки становить певний броунівський рух, що суперечить основним принципам теорії конституціоналізму.

Що таке конституційна реформа? Це система заходів і дій, які здійснюються народом або верховною державною владою з метою прийняття нової Конституції або викладення її в новій редакції, або ж внесення змін до тексту Конституції, що є необхідними для зміни конституційного вектору держави. Тобто це має бути: 1) логічна послідовна, продумана, політично незаангажована сукупність дій; 2) вона має перебувати під постійним, а не фрагментарним контролем з боку громадянського суспільства; 3) вона має відображати певний вектор руху, а для цього потрібна виважена державна програма дій, якої у нас немає.

Щодо перспектив конституційної реформи, то проф. Колодій відзначив такі її основні напрями: 1) парламентська реформа (зокрема, позбавлення недоторканності народних депутатів, двопалатний парламент, зменшення кількості народних депутатів, введення права народного вето); 2) адміністративна реформа, яка, серед іншого, має вирішити проблему подвійного статусу Кабінету Міністрів України тощо; 3) судово-правова реформа; 4) муніципальна; 5) реформування громадянського суспільства.

Предметний огляд того, **як відбувається конституційна реформа в Україні й якими є перспективи її здійснення**, розпочав **В. Речицький**. Він зазначив, що сама ініціатива зібрати Конституційну комісію для підготовки тексту нової Конституції свідчить про те, що держава намагається знайти відповіді на певні неузгодженості, звернувшись до вчених, активістів, філософів тощо. Країна відчуває потребу в більш глибокому аналізі, вона робить спробу знайти причину невдач. І це насправді є необхідним, і відшукувати такі причини потрібно між так званою органічною конституцією, або ґрунд-нормою (за Г. Кельзенем), і тим, що ми маємо насправді, тобто між писаною і неписаною конституціями, між природною, такою, що відповідає порядку речей, і, відповідно, позитивною, писаною.

В. Речицький звернувся у своєму виступі до праць Ф. Фукуями «Витоки політичного порядку» (1 том) і «Занепад політичного порядку» (2 том). Яких висновків доходить Фукуяма? Він говорить про те, що є універсальний політичний порядок, він завжди складається з трьох елементів: держава, яка в тому вигляді, в якому вона є, може бути сильною або слабкою; підзвітне правління, тобто демократія; верховенство права. Якщо ці три елементи присутні, то у нас є політичний порядок у його сучасному розумінні. Загалом, цей політичний порядок існував і в Давньому Китаї, він присутній і зараз, але він є різною мірою розвиненим у різних регіонах світу. Фукуяма виходить із того, що насправді те, що є, і є розумним, оскільки іншого не могло бути за наявних географічних, історичних і всіх інших умов, що мали місце в людській історії. І не є випадковістю, що в Америці свій рівень верховенства права і політичного порядку, в Європі — свій, у Китаї — свій, а в Росії — свій. Треба виходити із цього, як із системних потужних засад, які переступити, оминати або змінити реформою неможливо.

Зміна Конституції — це те, з чого дійсно слід починати реформи. Допоки ми не з'ясуємо, в чому ми помилилися в Конституції, де у нас невідповідність, що є для нас органічним, що ми пишемо на папері, ми нікуди не просунемося серйозно.

Найбільш сумним є те, що в нас немає згоди, консенсусу щодо того, що є органічним для України, що є нормальним і природним, тобто як ми маємо переписати Конституцію. В. Речицький підкреслив, що має великі сумніви з приводу того, чи може Україна бути парламентською республікою. На його переконання, Україна не може не бути президентською або президентсько-парламентською. Крім того, жоден конституціоналізм і жодне верховенство права не можуть утвердитися, якщо немає середнього класу. В Україні його, за найбільш оптимістичними підрахунками, не більше ніж 8 %. А в такій ситуації загальне виборче право є небезпечним, оскільки воно завжди буде продукувати патерналізм. Це все одно буде відібрання у тих, хто ще не поїхав з країни, і роздавання бідним, які мають право голосу й будуть приходити на вибори для того, щоб пролонгувати ту владу, яка є зараз.

Отже, перш ніж переписувати Конституцію, слід було б вирішити певні аксіоматичні питання, які необхідно було б поставити перед народом на референдумі. Серед таких — питання з приводу того, що робити із землею. В Україні 10 млн га землі сільгосппризначення. З них тільки 2,5 млн га перебувають в оренді, 7,5 млн га — це державна власність. Якщо землю не передати у приватну власність, у найближчі 10–15–20 років середній клас у нас так і не з'явиться. Це буде латифундистський середній клас, але він буде справжнім, і відразу набуде сенсу маса концепцій і маса ідей — виникає індивідуалізм, виникає приватна власність, необхідність її захисту, право на зброю, оскільки ніякі правоохоронці не захистять власників, якщо вони самі себе не захистять.

Другим є питання рівня свободи слова. Ми не можемо йти за тією моделлю, коли ми забороняємо російські фільми і серіали залежно від того, що в них показують. Нам потрібно визначитись, якою має бути свобода слова. Це питання, звичайно, не до мас. Це питання до еліт. Але це дуже важливе конституційне питання.

Ще одне питання: федералізм чи унітаризм? Про це потрібно запитати у людей. На думку В. Речицького, Україна не може обійтись без двопалатного парламенту, в якому було б забезпечено представництво регіонів у верхній палаті. Ми маємо почати поважати регіони. Це велика проблема для України.

І нарешті — президентська чи парламентська республіка? Про це також потрібно запитати у людей. Тим більше, що всі соціологічні дослідження свідчать про те, що люди схиляються до президентської республіки. В. Речицький висловив упевненість, що легітимация уряду через президентські вибори є набагато кращою для України, оскільки стан українських політичних партій характеризується суцільною інфантильністю. Це означає відсутність політичної стабільності. У ситуації ж, коли президент формує уряд, прем'єр — лише адміністративна посада, як мінімум, є гарантія, що п'ять років уряд буде працювати. Гра в партійну демократію в Україні — не на часі. Це те, що не відповідає фукуямівській схемі, це для нас не є характерним.

В. Речицький завершив свій виступ тезою про те, що конституція має існувати для трьох простих речей: вона має спрощувати соціальні транзакції, вона їх має прискорювати, її метою є не демократія, а ринок і те, що ми називаємо про-

гресом. Ринок забезпечує прогрес, який відбувається поза парламентськими стінами. Конституція не повинна думати про те, про що думає парламент. Вона має надати можливість творчим людям саморозкритися, бути активними, ініціативними, захищати їх. Якщо вона цього не робить, вона абсолютно непотрібна. Це псевдоконституція. Якщо нам вдасться перетворити нашу Конституцію на такий промоутер і прискорювач соціальних трансакцій, й одночасно спростити ці трансакції, то тоді ми матимемо шанс на верховенство права.

Опонентом В. Речицького в поглядах на те, якою має бути конституційна реформа в Україні, став д-р юрид. наук, проф. **В. Лемак** (м. Ужгород). Він розпочав із питання: чому політики не поважають юридичну науку? На думку вченого, причина полягає в тому, що дуже часто ми висловлюємо свої політичні погляди, а вони чекають від нас іншого. Вони самі носії політичних поглядів, і вони чекають, що ми сприймемо реформу, в даному разі — конституційну реформу, як складну соціальну технологію, як наукову проблему, щодо якої ми можемо запропонувати науково обґрунтовані шляхи розв'язання. Тому завдання юридичної науки полягає не в тому, щоб пропонувати своє політичне бачення майбутнього України, а в тому, щоб запропонувати належні юридичні механізми втілення тих політичних програм, які пропонують політики.

Перша теза, яку озвучив В. Лемак: конституційна реформа не є новою проблемою. Центральна Європа або, навіть ширше, Європа, дуже чітко собі уявляє, що являє собою реформа конституції. Тільки у Центральній Європі за останні двадцять років практично всі держави успішно реформували свої конституційні системи: Угорщина у 2011 р. прийняла абсолютно нову конституцію, Польща провела реформу у 1997 р., окремі країни і п'ять, і шість разів змінювали свої конституції. Відповідно, перед науковцями стоїть завдання: акумулювати цей досвід, проаналізувати його й викласти висновки політикам. Цей досвід для нас є цікавим з різних точок зору: по-перше, в інструментальному сенсі, оскільки конституційна реформа є інструментом вирішення суспільних проблем; по-друге, вона має виступити підготовкою конституційної системи до вступу в ЄС і НАТО. Про це треба прямо говорити, тому що такі речі, як, наприклад, передача суверенних прав, має бути закріплено в конституції.

Якщо цей досвід систематизувати, то, незважаючи на всю його різноманітність, ми виходимо на дві головні проблеми. По-перше, це технологія реформи, тобто, власне, як це робити. Політики чекають від нас, від юридичної науки, що ми їм підкажемо, але дуже конкретизовано, як лікарі, які емпіричну базу вивчать, узагальнять і запропонують. По-друге, власне зміст реформи, тобто йдеться про те, як визначити предмет реформи, як визначити її основні напрямки.

Якщо говорити про технологію, то ми маємо визнати, що технологія конституційної реформи, яка запущена, суперечить сталим європейським практикам. Адже реформа має бути перш за все легітимною. Це ніби банальна вимога, але якщо вивчити досвід конституційних реформ за останні 20 років в Україні, то ми бачимо, що майже жодна реформа, практично всі заходи з реформування не були юридично чистими. У такому випадку легітимність конституційної реформи мають забезпечити законні процедури. І питання не в тому, це має бути референдум чи парламент. Питання — в необхідності дотримання розділу XIII Конституції. Інакше років через 2–3–5 знову матимемо сагу з переглядом...

Втім ідеться не тільки про законність як гарантію легітимності. Реформа має бути легітимною в широкому розумінні. Мова про те, що з процесу консти-

туційної реформи не може бути виключена частина політичних сил — це перше; і друге — реформу мають проводити уповноважені на це суб'єкти, що отримали відповідні повноваження шляхом вільних виборів.

Отже, для науковців важливо відрізнити, що є науковим питанням, а що — ні. Наприклад, це не нам, вченим, вирішувати, якою має бути форма правління. Той, хто розуміється на цьому, скаже, що будь-яка форма правління може бути ефективною. Яка вона — вирішувати тим, хто обраний народом за результатами вільних виборів. Наша справа інша, експертна.

Якщо повернутися до питання законності реформи, то слід, серед іншого, визнати: статус такого органу, як Конституційна комісія, не може визначатися указом Глави держави. Адже це робить Конституційну комісію допоміжним органом при Президентові. Це об'єктивно від самого початку занижує статус і роль цього органу.

Крім того, ми не бачимо чіткого механізму взаємодії двох складових конституційної реформи — політиків і фахівців, експертів. Питання, на яке має бути надано відповідь: як налагодити взаємодію між цими двома компонентами?

Щодо змісту конституційної реформи, то тут основним орієнтиром має виступати те, що ми називаємо спільною правовою спадщиною ЄС. Наприклад, є 28 держав ЄС, і є конституційні підходи до регулювання, які є в більшості з них або в усіх. І всі ми маємо бути дуже свідомими того, що якщо в 28 державах — членах ЄС є певний єдиний підхід у певному напрямі регулювання, у нас це не може бути предметом дискусії. Якщо, наприклад, у цих країнах всюди заборонено імперативний мандат, то це не може бути предметом дискусії у нас. Така спільна правова спадщина — це аргумент, бо це і є конституційна практика.

Питання децентралізації як елемент конституційної реформи в Україні. Головними експертами виступили д-р юрид. наук, проф. **В. Колісник** (м. Харків), який входить до робочої групи з питань децентралізації Конституційної комісії, і д-р юрид. наук, проф. **П. Любченко** (м. Харків), який задіяний у роботі над змінами, що пропонуються для внесення до Конституції.

Отже, чи є сьогодні запит на децентралізацію в суспільстві? І чи потрібна вона нам сьогодні? Це питання було поставлено канд. юрид. наук, доц. **В. Смородинським** (м. Харків). На його думку, вказане питання потребує відповіді у двох основних аспектах: по-перше, у фінансовому (скільки коштуватиме Україні ця реформа? І чи дійсно в умовах складної економічної ситуації, в час, коли ведуться військові дії, потрібно проводити подібне реформування?); й по-друге, чи дійсно народ України має запит на децентралізацію? Говорячи словами В. Речицького, чи є децентралізація елементом національного коду українського народу?

Аргументи на користь того, що такий запит у суспільстві є, навів В. Колісник, який переконаний у тому, що насправді Україна дуже запізнилася із проведенням децентралізації, й тепер їй треба надолужити втрачене. Без децентралізації в Україні фактично не буде, як не було і не має тепер, справжнього (і спроможного) місцевого самоврядування. Ми недалеко відійшли від радянської моделі, коли у голови сільради був лише сейф, печатка і графин зі склянками. Він змушений був постійно виступати прохачем, щоб отримати необхідні кошти. Тому децентралізація є абсолютно об'єктивною потребою, без реалізації якої важко очікувати руху вперед.

Цю думку було підтримано канд. юрид. наук, доц. **К. Горобцем** (м. Одеса), а потім і канд. юрид. наук **Д. Вовком** (м. Харків), які звернули увагу на те, що насправді, якщо ми будемо сприймати запит суспільства буквально, то нам слід визнати, що він доволі часто зводиться до переліку із величезної соціальної допомоги й сильної держави. Тому якщо ми будемо в буквальному сенсі орієнтуватися на голос народу, то можемо побудувати досить дивну політико-правову модель. Децентралізація впроваджена в переважній більшості європейських держав і довела свою ефективність на практиці. Крім того, не слід спрощувати взаємозв'язок між економікою і децентралізацію. Не вийде так, що спочатку запрацює економіка, а потім ми проведемо децентралізацію. Ці моменти перебувають у тісному взаємозв'язку і взаємній залежності. Україна на сьогодні має олігархічну економіку. І вирішення цієї проблеми неможливе без децентралізації. Остання, швидше, має сприйматися як інструмент, засіб, а не як ціль.

К. Горобець також закликав обговорити, чи є децентралізація проблемою політичною або ж юридичною. Д-р юрид. наук, проф. **С. Погребняк** (м. Харків) висловив точку зору, що проблема, звичайно, політична. Тому що юристи, якби їм пояснили, якою має бути в результаті модель взаємодії держави і місцевого самоврядування, змогли б її належним чином втілити в нормативний текст. Але основне питання, яке зараз стоїть, — якою має бути та модель, з приводу якої в суспільстві може бути досягнуто консенсусу.

Ще одне питання, яке ставилося під час обговорення: чи зміниться розподіл владного впливу між Президентом, Урядом і Парламентом? Як зазначив В. Колісник, перегляд положення вищих органів державної влади, на жаль, не є метою конституційної реформи. На його думку, це один із основних недоліків конституційної реформи, оскільки владний механізм, закладений до Конституції в результаті змін, які вносились у грудні 2004 р. і запрацювали з 1 січня 2006 р., є неефективним. Він розпорошує виконавчу владу між Президентом і Прем'єром, втрачається консолідація, немає єдиного центру прийняття рішень. Крім того, Конституція в цій частині має колосальні вади. Так, зокрема, ст. 94 передбачає, що Президент підписує закон, беручи до виконання, але Президент не може взяти закон до виконання, тому що він не входить до системи виконавчої влади, не очолює її вертикаль. Або, наприклад, перед президентськими виборами ми були свідками того, як кандидати на посаду Президента презентували свої програми. Далі особа стає Президентом — про її передвиборчу програму можна забути, тому що в Конституції про неї немає згадки. Є лише програма Уряду. Далі — частина підстав дострокового припинення повноважень народного депутата стосується тільки тих депутатів, яких обрано від політичних партій, і не стосується самовисуванців і т. д.

З основними нововведеннями конституційної реформи в частині децентралізації ознайомив П. Любченко:

1) замість державних адміністрацій мають з'явитися префекти з набагато меншими повноваженнями; в них, зокрема, забирають повноваження з підготовки бюджету, розпорядження коштами, управління комунальною власністю. В ідеалі префекти не повинні здійснювати управлінську діяльність. У них мають бути тільки контрольні-наглядові повноваження. Але сформульовано це положення в проекті змін до Конституції занадто широко: «здійснює нагляд за додержанням Конституції і законів України». Тобто фактично на префекта покладаються прокурорські функції. Другий пункт повноважень — координація

діяльності територіальних органів. Але відразу постає питання щодо того, що являє собою координація. Виникає загроза того, що префекти перетворяться на нинішні місцеві адміністрації;

2) взаємовідносини префектів і органів місцевого самоврядування регулюватимуться на рівні закону. Єдина надія на те, що префект не стане нинішньою державною адміністрацією, пов'язана із тим, що в самій Конституції буде написано, що префект має статус державного службовця, тобто здійснює свої повноваження одноособово. Це має стримувати можливість розростання апарату до якоїсь префектури;

3) зміни в адміністративно-територіальному устрої передбачають введення принципу повсюдності. Для цього вводиться новий термін — громада як адміністративно-територіальна одиниця. Громада включає не тільки населений пункт, а й прилеглі до неї території. Венеціанська комісія звернула увагу на недостатню визначеність такого формулювання й запропонувала прямо вказати, що вся територія України поділяється на громади. Але тоді можуть виникнути питання — територія атомної станції або військової частини входить до території громади? Тим не менше, в Конституції закріпили підхід, за яким білих плям не буде — вся земля розподілена між громадами.

Другий момент — укрупнення. Уже є план, що на базі району утворюється територіальна громада. Існуючі зараз 10 тис. громад мають перетворитися, як вважає Мінрегіонбуд, на 1 тис. Передбачено навіть стимул для цього: отримання прав на землю і додаткове фінансування з держбюджету. Але постає питання, яким має бути критерій того, хто може претендувати на самоврядування? Це має бути суб'єкт 5 тис. чи 20 тис. або 3 тис. населення? Це питання ставив Д. Лук'янов. У будь-якому разі в Конституції про укрупнення не йдеться. Це все буде вирішуватися на рівні закону, але ідея така звучить. Крім того, недоліком є те, що вводиться термін «регіон», але при цьому зберігається поняття «область» — відбувається змішування термінів;

4) щодо місцевого самоврядування значних новацій немає. В Україні діє радянська модель: рада, виконавчий комітет, виконавчі органи. Пропозиція була — не закріплювати таку організаційну модель на рівні Конституції, щоб надати більший простір свободи, щоб на місцях мали можливість обрати організаційну модель для себе. На рівні села, селища міста в основному повноважень у місцевих рад вистачає. На рівні району, області — надати радам право утворювати свої виконавчі органи;

5) право Президента зупиняти рішення органів місцевого самоврядування і питання дострокового припиняти їх повноважень. Питання довго дискутувалося, але врешті-решт передбачено механізм, за яким Президент не сам вирішує, чи було допущено порушення з боку органу місцевого самоврядування, а через звернення до Конституційного Суду. Припинення повноважень також відбувається за участю Парламенту, а не одноособово Президентом. Якщо повноваження припиняються достроково або призупиняються, то управління тимчасово здійснює Урядовий уповноважений. З такою моделлю категорично не погодився В. Лемак: яке відношення Президент має до місцевого самоврядування? Якщо повноваження місцевої ради припинено, мають оперативно відбутися вибори.

Ще одне дискусійне питання: чи потрібна деталізація на рівні Конституції або ж краще все прописати в законі? З цього приводу склалося дві позиції.

Прибічники першої говорять про те, що визначення моделі місцевого самоврядування на рівні Конституції забезпечує їй більшу легітимацію й захист від наступних змін. Друга точка зору — фіксація на рівні Конституції певної моделі означає певну її консервацію. Якщо потім буде виявлено, що окремим громадам така модель не підходить, щось змінити буде важко. У цьому аспекті К. Горобець звернув увагу на необхідність врахування характеру території — урбанізована вона чи ні. Їй підходи до таких територій мають бути різними. С. Погребняк також зауважив, продемонструвавши на конкретному реальному прикладі однієї з місцевих громад Івано-Франківської області, що спроба об'єднати успішні громади з неуспішними може викликати стійке несприйняття з боку жителів відповідних населених пунктів.

Верховенство права і судова реформа в Україні. Обговорення цього питання було розпочато виступом канд. юрид. наук **М. Жернакова** (м. Київ), який проаналізував зміст Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 р. та процедуру його прийняття з огляду на вимоги принципу верховенства права. Передовсім доповідач підкреслив, що і Венеціанська комісія, й інші органи Ради Європи, Консультативна Рада європейських суддів неодноразово наголошували на тому, що не буде в Україні судової реформи, допоки не буде внесено зміни до Конституції, зокрема ті, що убезпечують суд від політичного впливу. Тому, звичайно, коли ми говоримо про Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд», який був прийнятий у межах чинної Конституції, то від самого початку він міг би вирішити тільки окремі питання, а не змінити ситуацію в цілому. Чому «міг би»? Тому що, на думку експертів, він далеко не всі питання вирішив, які ставилися й які зараз, навіть у межах чинної Конституції, можна було б вирішити цим Законом.

По-перше, як цей Закон приймався. Це історія, що є далекою від верховенства права. Спочатку було внесено один законопроект ще в грудні минулого року, потім з порушеннями регламенту було внесено інший законопроект, який не було зареєстровано як альтернативний. Потім прийняли обидва законопроекти в першому читанні, вирішили взяти обидва за основу, й ніхто не знав, як це робиться. Згодом комітет Верховної Ради вирішив узяти все ж таки за основу президентський законопроект. Але до обох законопроектів на той момент було надано 4 014 поправок, що займали більше ніж 1 тис. сторінок. Їх почали розглядати в комітеті о четвертій годині за день до розгляду питання в парламенті. Комітет за одне своє засідання розглянув всі 4 014 поправок. Звідси можна зробити висновок про якість Закону.

Щодо цього Закону є висновок Венеціанської комісії від 20–21 березня 2015 р. Які плюси Закону було відзначено? Конкурсний добір тепер існує не тільки для суддів, які призначаються вперше, а й суддів усіх рівнів, а також кандидатів на членство у Вищій кваліфікаційній комісії суддів і Вищій раді юстиції. Можна отримати доступ до інформації про будь-кого з кандидатів, це відкрита інформація. Далі — зникла ганебна практика допусків з боку вищих судів до оскарження до Верховного Суду України. Тепер звернутися до Верховного Суду можна напряму. З'явилося суддівське досє, збільшилася кількість дисциплінарних стягнень, закріплено основи суддівського самоврядування, встановлено гарантію того, що відеозапис тепер можна робити без погодження зі складом суду, що також сприяє відкритості суду, й це добре.

Які завдання не вирішив Закон? По-перше, він фактично збільшив повноваження Президента України не тільки щодо призначення, переведення, а й ліквідації судів, що, в принципі, суперечить Конституції. Президента наділено повноваженням підписувати посвідчення суддям і головам судів, до виборів яких він не має жодного стосунку. Присяга приймається у присутності Президента, і фактично це все, всі ці механізми — це право вето Президента на суддівську кар'єру, тому що можна не допустити людину до присяги, не підписати посвідчення, й такі випадки також уже були (наприклад, в Естонії). Крім того, зберігаються повноваження Верховної Ради щодо переведення й обрання суддів безстроково. Це призводить до непоодиноких випадків, коли Верховна Рада не голосує, незважаючи на рекомендацію Вищої кваліфікаційної комісії. Деякі судді, трапляється, чекають по півтора року й не можуть упродовж цього строку здійснювати повноваження.

Ще один недолік — нечіткість критеріїв первинного кваліфікаційного оцінювання, яке мають пройти всі судді, в тому числі судді Верховного Суду України і вищих судів. Але питання в тому, хто має перевіряти вищі судові інстанції, хто має достатньо для цього повноважень? Складно собі уявити суддів Верховного Суду, які сидять і пишуть тести, а потім хтось їх перевіряє і каже, що вони не склали тест.

Отже, потрібне внесення змін до Конституції передовсім у частині усунення політичних впливів Президента і Верховної Ради України. На нас, на наукове і експертне середовище покладається, як видається, дуже велика роль, тому що ми через нашу діяльність маємо формувати запит у суспільстві, який би скеровував політиків на те, що їм робити.

Очищення державної влади шляхом застосування спеціальних люстраційних процедур. Цій проблемі присвятив свій виступ канд. юрид. наук, доц. **В. Смородинський**. Складно знайти інше таке питання, щодо якого думки суспільствознавців, політиків, державних діячів були б настільки протилежними, взаємовиключними. Зазначене вимагає дослідження як історичного досвіду розв'язання цих проблем іншими країнами (передовсім європейськими), так і сучасної практики їх вирішення українським суспільством і національною правовою системою. Так, у 1996 р. Парламентська асамблея Ради Європи за наслідками аналізу неоднозначного досвіду східноєвропейських країн щодо очищення влади прийняла Резолюцію 1096 «Про заходи щодо подолання наслідків минулих комуністичних тоталітарних систем», якою, зокрема, були схвалені Вказівки щодо забезпечення дотримання люстраційними законами й подібними адміністративними заходами вимог верховенства права (Дос. 7568). У цій Резолюції Парламентська асамблея рекомендувала державам — членам Ради Європи дотримуватися таких принципів при запровадженні люстраційних заходів: 1) кримінальні діяння, вчинені особами під час тоталітарних режимів, повинні переслідуватися й каратися відповідно до кримінального права. Якщо ж кримінальним законодавством встановлюються строки давності щодо певних злочинів, то такі строки можуть бути подовжені, оскільки «це є суто процесуальним, а не матеріальним питанням»; 2) у випадку люстраційних діянь, які не містять ознак злочину, люстраційні заходи можуть бути сумісними з принципами демократичної та правової держави, якщо дотримано таких критеріїв: додержання принципу індивідуальної вини, яку має бути доведено в кожному окремому випадку; гарантування права на захист, презумпції невинуватості та права на оскарження до суду.

У Вказівках, зокрема, визначено, що метою люстрації має бути усунення загроз порушення основних прав людини і демократичного процесу, а не переслідування політичних опонентів чи покарання осіб, які є винними у вчиненні протиправних діянь, оскільки це є питанням кримінального переслідування, а не люстраційного процесу. Як зазначив С. Шевчук, ці Вказівки ґрунтуються, зокрема, на системі принципів люстраційних процедур, викладених у 1994 р. проф. Г. Шварцем у статті «Люстрація у Східній Європі». Серед них найбільш актуальними для України є такі: 1) адміністрування люстраційного процесу має здійснюватися спеціально утвореною комісією у складі шанованих суспільством осіб, які пропонуються головою держави і затверджуються парламентом; 2) люстрація може використовуватися лише для усунення чи суттєвого зменшення небезпеки, яку становлять суб'єкти люстрації для утворення життєздатної демократії в силу використання свого становища для порушення прав людини або блокування процесу демократизації; 3) люстрацію має бути обмежено лише такими посадами, щодо яких існують підстави вважати, що особа, яка їх обіймає, може їх використати з метою спричинення суттєвих загроз правам людини або демократії, тобто державними посадами, які відповідають за розробку і впровадження державної політики, а також стосуються внутрішньої безпеки, або такими державними посадами, які можуть бути використані для порушень прав людини, такими як посади у правоохоронних органах, службі безпеки, розвідці, в судовій владі та прокуратурі; 4) люстрація не може застосовуватись до виборних посад, адже виборці мають право обирати на власний розсуд; 5) люстрація не може застосовуватись до установ приватного права чи напівприватних організацій; 6) дискваліфікація особи на обіймання певної посади внаслідок люстрації не повинна перевищувати п'яти років, оскільки не слід недооцінювати можливість позитивних змін у ставленні та звичках особи (навіть засудженим особам надається можливість помилування за добру поведінку — тому особі, яка взагалі не вчинила злочину, повинна надаватися принаймні подібна можливість); 7) лише особи, що наказували, вчиняли чи суттєво допомагали вчиненню серйозних порушень прав людини, можуть бути дискваліфіковані для зайняття певних посад; 8) у жодному випадку особу не можна піддавати люстрації без надання всіх гарантій належної правової процедури. Зазначені принципи було конкретизовано у низці рішень Європейського суду з прав людини (*Sidabras and Dhiautas v. Lithuania* від 27 липня 2004 р., *Rainys and Gasparavičius v. Lithuania* від 7 квітня 2005 р. та ін.).

В Україні проведення люстрації посадових осіб тих органів державної влади, з діяльністю яких пов'язують економічні, соціальні та політичні проблеми держави, системне порушення прав людини, стало однією з вимог значної частини суспільства. Закон України «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 р. слід розглядати саме як юридичну відповідь на цю вимогу. Ним визначено правові та організаційні засади проведення очищення влади (люстрації) для захисту й утвердження демократичних цінностей, верховенства права та прав людини в Україні. Уже перший досвід упровадження люстраційних процедур на виконання цього Закону, перші судові рішення про поновлення на посадах осіб, звільнених на його підставі, низка звернень до Конституційного Суду України з вимогою офіційного тлумачення його окремих положень чи визнання їх такими, що не відповідають Конституції України, свідчать про нагальну необхідність доопрацювання національної законодавчої бази очищен-

ня публічної влади, уточнення юридичних процедур із метою забезпечення принципу верховенства права і недопущення порушень прав людини під час їх застосування, приведення окремих положень цього Закону у відповідність до практики Європейського суду з прав людини, рішення якого є джерелами українського права.

Дороговказом тут має бути проміжне рішення Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) від 12 грудня 2014 р., в якому наголошується на необхідності додержання українським законодавством про очищення влади таких принципів, як чесний баланс між захистом демократичного суспільства, з одного боку, і захистом індивідуальних прав — з другого, чітке встановлення часових меж як щодо реалізації закону, так і щодо часу, до якого він належить. На думку експертів Венеціанської комісії, люстрація має доповнювати інші засоби правосуддя, але не замінювати їх. Також наголошується на необхідності перегляду списку посад, що підлягають люстрації, з тим, щоб до нього входили тільки ті посади, які можуть становити значну небезпеку для прав людини і демократії. У рішенні також наголошується, що провина має бути доведена в кожному окремому випадку, а не може матися на увазі лише на основі приналежності до тієї чи іншої категорії чиновників. У зв'язку з цим потрібно переглянути критерії люстрації, визначенні Законом України «Про очищення влади». Комісія також запропонувала позбавити Міністерство юстиції відповідальності за здійснення люстрації й створити для цього спеціальну незалежну комісію з активним залученням громадянського суспільства (до речі, саме такий підхід було запропоновано у перших проектах Закону про люстрацію, проте помилково відкинуто в його кінцевій редакції).

В. Смородинський зазначив, що юридичні люстраційні процедури, встановлені Законом, є значущою, проте не єдиною складовою суспільного процесу очищення публічної влади. Важливе значення мають також ініціативи громадянського суспільства, без яких ефективність такого очищення є мінімальною, а результати — сумнівними. У цьому сенсі варто звернути увагу на практику створення в окремих регіонах України громадських люстраційних організацій, метою яких є оздоровлення суспільно-політичної ситуації в цих регіонах шляхом відсторонення від влади в них осіб, що заплямували себе протиправними, зокрема корупційними, діями, активною підтримкою минулого режиму тощо, а також недопущення таких осіб до обіймання відповідальних посад у новій регіональній владі. Прикладом таких ініціатив є досвід громадських організацій Харківщини, які саме з цією метою заснували Харківську громадську люстраційну палату — неполітичне об'єднання інститутів громадянського суспільства (громадських організацій, професійних асоціацій, професійних спілок, недержавних засобів масової інформації), що є відкритим для участі всіх зацікавлених інститутів громадянського суспільства.

Убачається, що вітчизняна практика впровадження люстраційних процедур тільки формується й природно викликає багато теоретичних і практичних питань. Їх належне осмислення й вирішення потребують урахування європейського досвіду очищення влади, аналізу практики Європейського суду з прав людини, поступової розбудови відповідної судової доктрини, передовсім на основі практики Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції, ретельних досліджень українською правничою наукою — у світлі позитивних зобов'язань держави у сфері забезпечення прав людини,

додержання нею фундаментальних правових принципів, верховенства права над державним свавіллям.

Значну увагу в обговоренні було приділено специфічній природі й підставам люстраційної відповідальності як нової для вітчизняного правознавства, але вельми значущої юридичної категорії. У цьому сенсі було наголошено на важливості врахування як принципів державної служби, сформульованих у Конституції України та в Законі України «Про державну службу», так і певних загальносвітових стандартів державної служби, які встановлюють, зокрема, обов'язок державного службовця виявляти політичну лояльність. Так, у ст. 3 Закону «Про державну службу» серед основних принципів, на яких ґрунтується державна служба, зазначені такі, як служіння народу України, демократизм і законність, гуманізм і соціальна справедливість, пріоритет прав людини і громадянина, професіоналізм, компетентність, чесність, відданість справі. Й хоча ми традиційно сприймаємо ці слова як певну дуже далеку від реального життя абстракцію, насправді ж це серйозні стандарти, додержання яких ми повинні вимагати від державних службовців.

Люстрація суддів. Цьому питанню свій виступ присвятила канд. юрид. наук **О. Овчаренко** (м. Харків). Вона навела основні віхи, які пройшла люстрація суддів за останній рік. Люстрація суддів безпосередньо пов'язана із питанням довіри до судової влади. Суспільні передумови для її проведення виникли ще задовго до квітня 2014 р., коли, власне, було прийнято Закон «Про відновлення довіри до судової влади в Україні». Останні декілька років випадки, коли ті чи інші судові процеси ставали приводом акцій громадського протесту, були непоодинокими. Опитування, які регулярно проводять різноманітні організації, свідчать про надзвичайно низький рівень довіри до суддів — на рівні 3–5 %. Знаково, що показники змінюються, якщо респондентами виступають не пересічні громадяни, а представники державної влади або юридичної професії, або ж якщо опитування проводять самі суди.

Люстрація почалася саме з судової гілки влади, а не з виконавчої — напевно, саме через найбільше незадоволення населення суддями. Люстрація перш за все передбачала автоматичне звільнення з посад голів судів та їх заступників. Це не зачепило тільки Верховний Суд України. Ідея була така, що тепер судді самі мають обирати голів та їх заступників (мета такого заходу — через голову суду встановлюється контроль над всім судом повністю, тому якщо голова суду обирається, це мінімізує зовнішній вплив на суд у цілому). Гарна ідея, але чим все завершилося: 80 % голів і їх заступників залишилися тими самими. На думку О. Овчаренко, сама ідея автоматичного зняття має певні ризики — не дотримується жодна процедура. Відповідна особа могла не вчинити жодного проступку, але її знімають з посади тільки за сам факт перебування на ній.

Наступний крок люстрації — створення спеціальної комісії, до якої можна було поскаржитися на суддю. Зараз уже заяви не приймають. Усього надійшло більш ніж 1,5 тис. заяв. Прийнятними було визнано 173 заяви. Уже є близько 20 висновків про порушення присяги. При цьому комісія посилається на порушення принципу верховенства права з боку судді, вчинення дії, що ганьбить звання судді, викликає сумніви в його об'єктивності, неупередженості. Утім чітких критеріїв, якими керується комісія, немає.

Ще один захід люстрації — перевірка відповідності між офіційними доходами судді та стилем його життя. 44 судді з усієї України відмовилися від прохо-

дження такої перевірки. І це є автоматичною підставою для звільнення таких суддів, що, на думку О. Овчаренко, також може в подальшому слугувати підставою для оскарження звільнення.

Основна дискусія вкотре розгорнулася навколо питання щодо того, чи слід вважати люстрацію юридичною відповідальністю. Після гарячих дебатів учасники дійшли згоди, що люстрація не є видом юридичної відповідальності. С. Погребняк навів таку ілюстрацію: звільнення окремих категорій працівників через учинення ними аморального поступку не є юридичною відповідальністю, оскільки у цьому разі дисциплінарного правопорушення, яке було би фактичною підставою для звільнення, вони не вчиняли. Але для них настають інші негативні наслідки через утрату довіри до них. Або, наприклад, звільнення людини, хворої на туберкульоз, задля убезпечення інших людей від захворювання. Це є заходи захисту, але не відповідальності. Іншими учасниками були наведені такі аргументи: визнання люстрації заходом юридичної відповідальності робить від самого початку неможливим її застосування, оскільки склад правопорушення формується заднім числом; неможливість (або надзвичайна ускладненість) установлення складу правопорушення з боку тих, хто займав керівні посади в певний період, хоча є достатні підстави вважати, що сам факт обіймання такої посади означав залученість такої особи до неправомірної діяльності. І ще один приклад від С. Погребняка: розпуск політичної партії через спрямованість її діяльності на розпалювання расової ненависті є заходом юридичної відповідальності, але, наприклад, висловлення недовіри уряду, що тягне за собою припинення його діяльності, є політичною, але не юридичною відповідальністю.

Реформа прокуратури. Українська прокуратура, як зазначив С. Погребняк, є одним із останніх динозаврів, що пережили СРСР. В Європі таких прокуратур, як у нас, вже фактично немає. Більше того, при приєднанні до Ради Європи Україна взяла на себе зобов'язання, згідно з якими роль і функції прокуратури зміняться, з перетворенням цього інституту на орган, який відповідатиме стандартам Ради Європи. Найважливішим кроком у цьому напрямі є прийняття 14 жовтня 2014 р. Закону України «Про прокуратуру», яке наблизило вітчизняну модель прокуратури до європейських стандартів верховенства права. Про це свідчать такі новації Закону:

1. Реформування функцій прокуратури. За великим рахунком, основною функцією прокуратури є діяльність у сфері кримінального правосуддя (ч. 1, 3, 4 п. 1 ст. 2). Поза цією сферою функції прокуратури мають бути скромними — наприклад, щодо представництва інтересів громадянина і держави в суді, враховуючи, що прокуратура мало що знає про інтереси окремих суб'єктів (див. п. 2 ч. 1 ст. 2, статті 23, 24). Такий підхід відповідає стандартам Ради Європи. Венеціанська комісія неодноразово висловлювалася з приводу небезпеки того, що надмірно потужна прокуратура може стати непідзвітною четвертою владою. Особливо важливим щодо цього має стати позбавлення її функцій загального нагляду. Публічний інтерес, на думку Комісії, не може поєднуватися з інтересами носіїв державної влади, що призводить до небезпеки використання прокуратури з політичною метою (особливо у країнах молодій демократії).

2. Посилення незалежності прокурорів. Відповідно до європейських стандартів незалежність прокурорів є обов'язковою вимогою, хоча певною мірою відрізняється від суддівської незалежності (див. Звіт Венеціанської комісії

2010 р. щодо стандартів прокуратури та Бордоську декларацію [щодо суддів та прокурорів у демократичному суспільстві] 2009 р.). У цьому випадку йдеться про необхідність забезпечення незалежності прокурора як від зовнішнього (ч. 5 ст. 16), так і від неналежного внутрішнього тиску (ч. 3 ст. 17). Підпорядкування прокурорів їхнім керівникам зводиться насамперед до адміністративних та організаційних питань (ст. 17). Генеральний прокурор здійснює ієрархічний контроль, сприяє справедливості, послідовності й ефективності роботи прокурорів.

Незалежність від зовнішнього тиску забезпечується, зокрема особливим місцем прокуратури в системі органів державної влади, заборонаю впливу на прокурора з боку органів державної влади, місцевого самоврядування, фізичних та юридичних осіб, призначенням Генерального прокурора на п'ять років без права перепризначення.

Незалежність від внутрішнього тиску гарантується обмеженнями щодо підпорядкування прокурорів, виконання ними наказів та вказівок (ст. 17), безстроковістю повноважень прокурора (ч. 3 ст. 16) та ін. (див. новації 3–5).

3. Посилення прокурорського самоврядування. Механізми професійного самоврядування мають зміцнювати гарантії зовнішньої та внутрішньої незалежності прокуратури, надавати додаткову підтримку її ефективному функціонуванню на засадах верховенства права. Закон передбачає здійснення прокурорського самоврядування через всеукраїнську конференцію працівників прокуратури та Раду прокурорів України (ч. 1 ст. 66). Важливою функцією Ради як органу професійного самоврядування є внесення рекомендацій про призначення та звільнення прокурорів з адміністративних посад (п. 1 ч. 9 ст. 71), а також забезпечення незалежності прокурорів (п. 2, 4 ч. 9 ст. 71).

4. Особливості призначення на посаду та переведення прокурорів. Закон запроваджує нову систему призначення на посаду — на конкурсних засадах за результатами кваліфікаційного іспиту (ст. 28), а також проходження спеціальної підготовки і складання іспиту (ст. 33). Такий підхід відповідає європейським стандартам прокуратури. Добір кадрів здійснює самостійний орган, що забезпечує діяльність прокуратури — Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів (п. 2 ч. 1 ст. 77); спеціальну підготовку — Національна академія прокуратури України (ст. 80). Проведення конкурсів передбачене як на заняття вакантних і тимчасово вакантних посад (статті 34, 37), так і при переведенні прокурора на посаду до іншого органу прокуратури (ст. 38). Це має сприяти посиленню незалежності прокурорів, залученню до прокуратури більш кваліфікованих кадрів.

5. Особливості дисциплінарного провадження. Європейські стандарти передбачають необхідність створення справедливої системи дисциплінарного провадження щодо прокурорів на основі об'єктивних та відомих підстав, яка б надавала їм належний захист, право бути заслуханим у ході змагального процесу і право на оскарження. З цією метою Закон запроваджує квазісудову процедуру, яка здійснюється Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів — самостійним органом, що відокремлений як від системи прокуратури, так і від судової системи. Процедура дисциплінарного провадження передбачає відкриття провадження, проведення перевірки, підготовку висновку та його розгляд на засадах змагальності (статті 46–48). Прийняте рішення може бути оскаржене в судовому порядку (ст. 50).

Також свої думки з приводу реформи прокуратури висловив Урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини д-р юрид. наук, проф. **Б. Бабін** (м. Київ). Він підкреслив, що правове реформування є тісно пов'язаним із процесом санації системи так званих «правоохоронних» органів, що залишилися в Україні з радянських часів; насамперед це стосується системи органів прокуратури. Численні спроби реформувати цю систему, привести її у відповідність до умов розподілу влад і змагального судового процесу досі успіху не мали. Навіть компромісну редакцію норм Конституції України 1996 р. за останні 18 років так і не було впроваджено у правові відносини.

Ключовими причинами такого стану справ, на думку Б. Бабіна, були й залишаються прагнення вищої влади держави до антиконституційної практики державного управління через здійснення прокуратурою загального нагляду, а також спротив самої бюрократичної системи прокуратури, що прагне до самозбереження. Яскравою ілюстрацією цих процесів став саботаж вимог органів ЄС щодо реформування пострадянської моделі функціонування прокуратури, що був складовою кризи вересня-листопада 2013 р., яка, у свою чергу, стала передумовою революційних подій 2014 р.

Очевидно, що подальше збереження пострадянської моделі прокуратури унеможлиблює розвиток демократичної моделі української державності. Тому потребує на увагу нове законодавство про прокуратуру. Сьогодні закон України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р. передбачає доволі прогресивну систему устрою системи прокуратури, яка відповідає європейським стандартам; тому мова має йти про удосконалення тексту цього акта через усунення відповідних недоліків.

Закон містить декілька менш значущих недоліків; це стосується, зокрема, вимог щодо несумісності. У ч. 1 ст. 18 Закону, серед іншого, відзначається несумісність прокурора із «представницьким мандатом на державних виборних посадах», що не вирішує питання можливості сумісництва посад прокурора та депутатів Верховної Ради АРК, місцевих рад, сільських, селищних, міських голів; відповідну норму слід доповнити. Також відзначено, що вимоги щодо несумісності не поширюються на участь прокурорів у діяльності виборних органів релігійних та громадських організацій; таку норму не слід сприймати схвально. Адже участь прокурорських робітників у діяльності релігійних організації порушує принцип невтручання держави у справи релігій; крім того, залучення прокурорів до громадських об'єднань політичного та благодійного характеру може призвести до політичної заангажованості та корумпованості органів прокуратури; отже, цю норму варто виключити.

Слід вітати прагнення авторів Закону залучити до контролю за діяльністю прокуратури викладачів та науковців через делегування права призначення двох членів Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів з'їздом представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ (п. 2 ч. 1 ст. 74). Далі, у ст. 75 Закону регламентовано порядок проведення з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ, який є більш досконалим, ніж той, що передбачено, наприклад, у ст. 10 Закону України «Про Вищу раду юстиції».

У частині 8 ст. 78 Закону зазначено, що скликання та проведення вказаного у встановленому цією статтею порядку проводиться виключно для цілей, передбачених цим Законом; тобто цей порядок не поширюється на обрання з'їздом

членів Вищої ради юстиції. Водночас практична доцільність вимагає об'єднати ці два з'їзди з формально різною процедурою скликання та завданнями — через внесення відповідних змін до ст. 10 Закону України «Про Вищу раду юстиції». У пунктах 6–7 розд. XIII Закону «Перехідні положення» передбачено, що з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ слід провести протягом одного місяця з дня опублікування цього Закону; організаційно-технічне забезпечення проведення з'їзду покладається на організаційне бюро з проведення з'їзду, але склад та порядок формування такого організаційного бюро не було встановлено. На практиці це призвело до певного узурпування права проведення такого з'їзду представниками окремих авторитетних вищих навчальних закладів та не сприяло демократичній роботі з'їзду.

Економічні реформи в Україні в контексті верховенства права. Цьому питанню свій виступ присвятив **Д. Вовк**. Він зазначив, що з верховенства права випливає: ринок у зв'язку з демократією; пропорційне втручання в економіку, у тому числі регулювання, відповідальність; обмежена роль держави як економічного агента. Крім того, верховенство права є продуктом, зокрема, і консенсусу економічних еліт (Д. Норт та ін.); співвідношення соціально-економічних прав і економічного розвитку держави. Як зазначив С. Шевчук, дуже ризиковано ставити соціально-економічні права, які набули найвищого закріплення на рівні Конституції України, у пряму залежність від фінансового ресурсу держави і рішень виконавчої влади, оскільки така їх залежність може перетворити їх на фікцію.

З другого боку, конституційні гарантії і передусім ч. 3 ст. 22 Конституції накидають зашморг на економіку і можливість проведення економічної реформи. Д. Вовк з приводу цього згадав французького правознавця Моріса Оріу, який вважав, що наслідком спроб встановлення системи фактичної рівності будуть: ліквідація ринку і товарообміну (а це руйнує верховенство права); індивіди вже не будуть наділені справжніми правами (а це руйнує верховенство права); не буде існувати взаємної гарантії прав.

Ще одне питання, яке постає в цьому аспекті: пенсійна реформа проти пенсій як власності. У справі «Андреєва проти Латвії» Європейський суд з прав людини дійшов висновку, що коли держава встановила певну пенсійну систему, індивідуальні права та інтереси, які походять з неї, підпадають під захист ст. 1 Протоколу 1 Конвенції. Тут є проблема: не враховується очевидна різниця між економічною природою різних пенсійних систем (накопичувальної й солідарної). Для пострадянських систем не враховуються проблеми адміністративної економіки (це штучні гроші, не забезпечені відповідними можливостями товаровиробництва). Тобто можна зрозуміти, чому так вирішив Суд, але що з цим робити у перехідних суспільствах, незрозуміло.

Наступне питання: право власності проти справедливого розподілу економічних благ (проблема нечесної приватизації). Ця ситуація є ненормальною: з одного боку, приватизація була явно несправедливою, і в суспільстві існує запит на «перерозподіл»; з другого боку, інститут права власності постійно під сумнівом саме через нелегітимний характер її набуття. Варіанти вирішення цієї проблеми можуть бути такими: 1) реприватизація (певною мірою це приклад «Криворіжсталі»); 2) «приватизаційний» податок — доплата; 3) примусова руйнація бізнес-імперій. Основний висновок: має існувати індивідуальний підхід на основі компромісу.

Головна проблема, що постає в аспекті верховенства права: деолігархізація економіки й політики. Вирішення цього завдання на юридичному рівні має включати: податкову амністію й амністію з економічних злочинів (це виключає можливість шантажу бізнесу чиновниками); демонополізацію і посилення конкуренції; залучення іноземного капіталу до існуючих державних активів, що забезпечує від рейдерства і корупції; судову реформу.

Підсумовуючи результати проекту з проведення наукових круглих столів, члени Харківського юридичного товариства, члени редколегії часопису «Філософія права і загальна теорія права» визнали його вдалим, корисним і вирішили цей проект продовжити із залученням нових учасників — представників юридичної науки з різних регіонів України.

Д. ВОВК

кандидат юридичних наук;

С. МАКСИМОВ

доктор юридичних наук, професор;

С. ПОГРЕБНЯК

доктор юридичних наук, професор;

В. СМОРОДИНСЬКИЙ

кандидат юридичних наук, доцент;

О. УВАРОВА

кандидат юридичних наук

*(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

**ЩО Ж НАСПРАВДІ РОБИТЬ СУДДЯ?
(Рецензія О. Стовби
на монографію Н. Гураленко
«Суддівське правопізнання:
праксеологічний вимір»¹)**

Рецензована монографія чернівецької дослідниці Н. Гураленко, безперечно, є помітним внеском у актуалізацію вітчизняного філософсько-правового дискурсу. Адже не становить таємниці те, що поширеним закидом на адресу філософії права є її «надмірна абстрактність», «зверхнє» ставлення до нагальних проблем правової дійсності. Отже, звернення авторки до суто практичної теми суддівського правопізнання допомагає «навести мости» між філософією права та правовою практикою і є зразком т. зв. «практичної філософії» права.

Як відомо, філософія права здавна була спрямована на те, щоб з'ясувати, що ж насправді відбувається у праві? У площині теми рецензованої монографії це запитання звучить таким чином: що ж насправді робить суддя, коли він вирішує справу? Чи це суто дедуктивна операція виведення конкретних висновків із абстрактних положень закону, чи індукція від особливостей окремого випадку до загальних правил і норм, чи щось третє? Яким чином відбувається правосуддя, що становить його буттєвий устрій, зміст тощо?

Відповіді на ці питання Н. Гураленко шукає насамперед у площині традицій чернівецької школи правознавства, а саме гносеологічної школи права, започаткованої А. Козловським у його широко відомій монографії «Право як пізнання» (1999). Для авторки рецензованої роботи суддя є насамперед тим, хто пізнає. Зміст суддівської діяльності становить правопізнання. Без пізнання немає права. У цьому можна вбачати дійсну перевагу авторського підходу, який не вичерпується традиційним розумінням права як статичної сукупності норм, а спрямований на розгортання потрактування права як процесу, зокрема діяльності судді з вирішення спорів, коли судовий процес виступає контекстом самореалізації права (с. 288).

Пізнавальна практика судді структурована в роботі у трьох вимірах — ціннісно-епістемологічному, екзистенційно-смісловому та логіко-технічному. Це дозволяє Н. Гураленко логічно та послідовно робити акценти на найважливі-



¹ Гураленко Н. Суддівське правопізнання: праксеологічний вимір / Н. Гураленко. — Чернівці : Технодрук, 2013. — 352 с.

ших складових суддівського правопізнання: істині та справедливості як тих орієнтирах, досягнення яких є фінальною метою судового процесу, а також на смислового аспекті правосуддя, який кристалізується у ході зв'язку факту та норми.

Так, вельми перспективними та новими для вітчизняного правознавства видаються тези про те, що часто право породжує конкретна екзистенціальна ситуація, що не вкладається у прості вираження нормативного характеру, а зумовлюється екзистенцією, досягнення якої через трансцендування постає формою самовизначення і самореалізації (с. 157–158). Акцентуючи таким чином на екзистенціальну та антропологічну складові права, авторка робить слушний наголос на тому, що використання виключно правил формальної визначеності призводить до розриву між фундаментальною, теоретичною, формальною догматикою і практикою її застосування, до суперечності між статичною формально-логічною системою і прогресивною, стихійно мінливою динамікою правового життя (с. 63). Також слід зауважити, що в інтерпретації чернівецької дослідниці логіко-технічний рівень суддівського правопізнання не вичерпується суто *формально-логічними* складовими, включаючи в себе акцент на формально-ігровому характері судової процедури та діалогічності, що безумовно додає їй роботи ступеню наукової обґрунтованості, актуальності й новизни.

Разом з тим рецензована робота містить і ряд дискусійних, спірних положень. Так, викликає заперечення потрактування істини як мети суддівського правопізнання (с. 76–95), у той час як справедливість тлумачиться як імператив пізнавальної діяльності судді (с. 95–110). Адже дуже часто необхідність звернення до суду обумовлена не стільки тим, що насправді невідомо, що саме відбулось у тій чи іншій ситуації, скільки тим, що її учасникам незрозуміло, що робити. Тобто в переважній більшості випадків сторони цивільного спору чи кримінального провадження добре знають, що саме сталося, проте кардинально розходяться в оцінці цієї події. Отже, завданням судді в цьому разі є не просто встановлення фактичних обставин, а ретельна оцінка особливостей конкретного випадку з точки зору права. Інакше кажучи, суддівське правопізнання включає в себе не тільки відтворення хронологічного плину подій та встановлення їх «авторства» (хто насправді їх вчинив), скільки виявлення їх смислу: наприклад, з'ясування того, наскільки вчинені дії були адекватні тим обставинам, за яких вони були скоєні, які особливості їх правового регулювання тощо. Убачається, що справедливість і істину в даному разі слід змінити місцями, оскільки пізнати те, що дійсно відбулося, тобто істину, є імперативом для судді, у той час як метою суддівського правопізнання є не істина сама по собі, а встановлення справедливості, коли вчиненому діянню слід добрати відповідні правові наслідки.

Запитання викликає і авторська спроба потрактування суддівського правопізнання саме як праксеологічного феномену. Адже пізнання, хоча і є різновидом людської діяльності, проте становить предмет самостійної галузі філософських (чи філософсько-правових досліджень), а саме гносеології. Звісно, особливістю пізнавальної діяльності судді є те, що вона не є суто «кабінетною», відірваною від життя, а відбувається у розмаїтті конкретних життєвих ситуацій, спорів. Разом з тим зазначене не нівелює визначального характеру саме когнітивної, гносеологічної домінанти суддівської практики. Це зауваження знаходить своє підтвердження і у змісті рецензованої роботи. Адже навіть із назв її

структурних елементів (розділів, підрозділів) можна зробити висновок, що увага авторки спрямована насамперед на епістемологічні, когнітивні, гносеологічні — тобто пізнавальні аспекти. Отже, нібито центральний аспект роботи — власне праксис, діяльність — перебуває у затінку.

Разом з тим зазначені зауваження та дискусійні моменти не змінюють загального позитивного враження від роботи чернівецької дослідниці. Зважаючи на значущість порушеної теми і коло питань, яких торкається рецензована монографія, можна дійти висновку, що книга Н. Гураленко, безумовно, є актуальним дослідженням, базується на зверненні до доробку сучасного правознавства і знаходиться в тренді новітніх тенденцій філософії права.

О. СТОББА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет
імені В. Н. Каразіна)*

ПІСЛЯ ПРОЧИТАННЯ КНИЖКИ ПРО ПРАВО В КУЛЬТУРІ: А ЧИ Є ПРАВО У ФІЛОСОФІЇ ПРАВА? (Полемічні розмірковування Б. Розовського щодо деяких положень монографії О. Литвинова «Право як феномен культури: спроба філософського осмислення»¹⁾)

Величезне за обсягом дослідження (понад 60 авторських аркушів) потребує, на мою думку, рецензування кожного з 5-ти розділів окремо, або так, як ділився зі мною свого часу планами автор, перші два розділи мали становити 1-й том із підзаголовком «Концепція», третій, найбільш об'ємний — том 2-й із підзаголовком «Історія» і четвертий із п'ятим — том 3-й із підзаголовком «Сучасність»: тоді може бути три рецензії або три її частини. Питання, звичайно, є спірним, але воно впливає як з обсягу (це в журнальному форматі в ній 800 сторінок, у звичайному книжковому було б, відповідно, 1600), так і зі структури тексту монографії. Ось назви її розділів, що їх можна вважати і науковими питаннями, які розкривають різні грані цієї неосяжної, як справедливо зауважив сам автор, теми «Право як феномен культури»: 1. Культура як категорія права. 2. Право як категорія культури. 3. Історія правових ідей як розвиток культури. 4. Культура — право — держава: концепції ХХ століття. 5. Освіта — юридична освіта — правова реальність.

Новаційними і найбільш цікавими з точки зору юридичної науки є перші два, але моя відповідь на питання, що їх порушено в цій монографії, має більш загальний характер і стосується, як то можна побачити з назви цієї статті-рецензії, філософії права як галузі знань, якій намагаються надати юридичного статусу — висловлююся так тому, що, незважаючи на формальне засвідчення її з наданням спеціального номера (12.00.12), змістовні вимоги до неї та їхнє втілення у відомих мені працях не мають переконливого вигляду². Мається на увазі — як для юриста. І як для науковця — також, оскільки на заперечення стосовно важливості й необхідності розробки методологічних проблем та їхньої актуаль-



¹ Литвинов О. М. Право як феномен культури: спроба філософського осмислення / О. М. Литвинов. — Луганськ : Янтар, 2014. — 800 с.

² Тут відзначу як головне таке: з одного боку, не завжди ці праці схожі на класичні філософсько-правові твори, наприклад «Філософію права» Г. В. Ф. Гегеля, бо то є насамперед праці філософські, з другого боку, не завжди ці праці схожі на дослідження юридичні з їх конкретикою та спрямованістю на вирішення таких же конкретних завдань, бо то є насамперед праці юридичні.

ності відповім: так, згоден, як і будь-хто, але ж питання розробки цих питань у межах самої (неважливо якої) науки теж є як мінімум дискусійним, бо ж є, наскільки мені відомо, спеціальність і сфера знань, що має назву методології науки.

Відразу зауважу, що я з повагою ставлюся до конкретних представників філософії права, більшість із них є талановитими дослідниками, неординарними особистостями, які дійсно звертаються до існуючих і надто часто болючих проблем розвитку суспільства. Але в питаннях, що стосуються саме права, занадто широкі межі підходів та тлумачень, які торкаються надзвичайно складних і водночас суперечливих, часто неоднозначних життєвих процесів і ситуацій, з якими насправді має справу юрист і правоохоронець, їхні міркування та тлумачення часто втрачають сенс. Це пов'язано насамперед із тим, що вони не можуть бути опорою для прийняття рішень, а останнє є обов'язковим результатом діяльності юриста, конкретизацією права і втіленням його в життя.

Втім, що ми маємо філософією права на прикладах найвідоміших і найвпливовіших її представників у головному питанні: що є правом? Після ознайомлення з філософсько-правовими працями можу зробити висновок про наявний трафарет: усі вони починаються з констатації надзвичайної складності проблеми, що досліджується. Б. Кістяківський неодноразово підкреслював, що, незалежно від відносної простоти, питання про відношення між державою і правом є найбільш заплутаним у науці про державу і право¹. Складається враження, що основне призначення філософії права — заплутати вирішення понять і відношень, що нормально функціонують у реальному житті до втручання в них філософів і теоретиків права. Заплутати так, що не-філософи втрачають інтерес до написаного на якійсь десятій сторінці, не розуміючи, як воно може використовуватися в дійсності. Це меншою мірою стосується цієї книжки, оскільки загострена постановка актуальних для нас питань — позиція, свідомо обрана автором — робить досить цікавими багато її сторінок (див., наприклад, стосовно тих, хто і як приймає рішення: с. 171–251 — насамперед у контексті проблем, визначених автором як «соціальний паразитизм», «корупція» та «негативна селекція», с. 578–598 — у контексті «етики наживи», ін.). Але, що стосується саме права, крім зведення цього поняття до поняття прав людини як рівних прав кожної людини, і що в його основі має бути раціональність як стрижень культури, я іншого не знайшов. Про рівність, то це є питанням надто суперечливим, про раціональність — теж, надто багато нераціонального і в житті, і а самому праві.

Для обґрунтування своєї точки зору автор апелює до думок багатьох авторитетних науковців, причому не тільки філософів і правознавців, а й тих, хто за родом своєї діяльності однозначно може бути зарахованим до «цеху технократів». Позиція досить потужна, особливо коли йдеться про «батька кібернетики» Н. Вінера, наведені в книжці його слова щодо значення філософії справляють враження. Але в особистій полеміці з О. Литвиновим я знаходив одну ваду у взаєминах філософії і права як втілення філософії права, коли ставив запитання: «А яким сьогодні є внесок філософії права у створення й удосконалення законодавства незалежної України?» Маю на увазі саме сьогодні, і не тільки

¹ Див.: Кістяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права / Б. А. Кістяковский. — М., 1916. — С. 593, 819 та ін.

теорію, а й насамперед практику нормотворчості й правозастосування. Модний серед вітчизняних філософів права німецький професор Р. Алексі свою філософію права ідентифікує як «інституціоналізацію розуму»¹, що, до речі, збігається за сенсом і з тим, що пропонує О. Литвинов. Таку точку зору наш відомий філософ права С. Максимов пояснює так, що для Р. Алексі право — це є «переважно соціальна практика, хоча вона і має структуру раціональної аргументації»². Втім, повторюю своє запитання: «А де, вибачте, практичний результат?» Відповіді про методологічну значущість та про повільний, але невпинний процес раціоналізації й гуманізації права, про що йдеться і в монографії, не вважаю задовільними як відповіді саме на це запитання.

Візьмемо сучасну філософську літературу. Чи є щось нове, що виходить із реалій життя? Аж ніяк. Здавалося б, тисячі років існує право, сьогодні без нього ані охнути, ані дихнути — усе є зарегульованим. Але продовжуємо шукати — не нові сучасні форми регулювання відносин, а немовби більш досконале визначення права. До речі, те, що в цій книжці ми не споглядаємо такого прагнення в автора, швидше, говорить на його користь, бо апеляція до всім відомого та банальні словосполучення на кшталт «я згоден з думкою...» або «за визначенням (когось)...» тощо навряд чи посилили б текст.

На думку Ю. Габермаса, право є умовою можливості соціальної інтеграції на основі комунікативної взаємодії, тобто можливості комунікації як суспільної інтуїції, що має зобов'язуючу силу, а також як можливості влади розуму, що є втіленим у структурах спілкування громадян, обміну думками. В основі — класика. Бо як це ж можна без філософії, без горезвісної влади розуму. Але приїхав би Габермас в Україну, відразу б зрозумів: для нас найвища влада розуму — повсякденна буденність (і це доволі виразно зазначив О. Литвинов, хоча, на мою думку, акцент потрібно було б зробити більш потужний — див.: с. 136–155). Або ось знову Р. Алексі протягом трьох раундів з'ясовує з Є. Булігіним, а чим це відрізняється необхідність від невідворотності, чи означає необхідність наказ. Та для нас взагалі не існує поняття невідворотного. Будь-хто обізнаний пояснить, що для нормального функціонування МВС потрібне фінансування у 2,5 рази більше, ніж те, що є. Але нічого невідворотного не відбувається. Працюють. Така еквілібристика термінами — відірвана від життя, така, що підмінює аналіз цього життя, не викликає бажання читати праці сучасних філософів права.

З моєї точки зору, одним із досить простих та штучно заплутаних питань є питання про саме право, навіть якщо згадати напучення стародавніх правників про те, що слід запобігати його універсальним визначенням. І сьогодні для когось (моралістів, богословів, деяких філософів) право — це ідеал як справедливність, для інших (юристів) — позитивна норма як юридичні норми і правила. Існують й інші погляди, і якщо мати на увазі філософію права, то, швидше за все, слід говорити про «філософії права» у множині, бо скільки філософів, стільки ж і істин. Це все має місце і в історичному аспекті: як юридична наука, так і

¹ Див.: *Alexy R. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason / R. Alexy // The Law in Philosophical Perspectives / ed. By Luc J. Wintgens. — Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999. — P. 23.*

² Див.: *Максимов С. И. Концепция дуальной природы права Роберта Алекси / С. И. Максимов // Проблемы философии права : міжнар. часопис. 2010–2011. — К. ; Чернівці : Рута, 2012. — Т. VIII–IX. — С. 30–31.*

філософія, не спромоглися виробити загально визнану формулу права. Зберіг актуальність відомий вислів І. Канта про те, що юристи продовжують шукати дефініцію для свого поняття «права»¹. Один із провідних сучасних вітчизняних правознавців Ю. Шемшученко у своїй статті «Що є право?» доходить висновку: «Таким чином, у довгих теоретичних пошуках загальної формули права є примітною велика різнобарвність ідей та думок. Можна передбачити, що таку формулу ніколи не буде знайдено»². Цікаво, а що тоді досліджують філософи права?

Російський правознавець Г. Мальцев констатує: «Існують сотні, а може й тисячі дефініцій права, і серед них немає жодної загально визнаної, що її поділяли б усі, хто цінує і вивчає право»³. Один тільки їхній перелік чого вартий: теологічна теорія, натуралістична теорія, теорія природного права, нормативістська, позитивістська, марксистська, регулятивна, психологічна, інституціональна — список, мабуть, далеко не повний⁴. Причому, у сучасній теорії права розбіжності між основними конкуруючими концепціями мають не просто теоретичний, а світоглядний характер: основний конфлікт «існує не між різними типами праворозуміння, а між типами світорозуміння: ліберально-індивідуалістичним — правовим за своєю суттю та колективістсько-етатистським — за своєю суттю неправовим»⁵. Така постановка питання відомим правознавцем І. Козліхіним мов би підтримує методологічний підхід та багато міркувань автора рецензованої монографії, що слід відзначити заради об'єктивності. Проте, за всієї цікавості міркувань автора та його спроб довести актуальне значення занурення в історичні та ментальні пласти правосвідомості відповіді на моє запитання не отримуємо. Як і у працях багатьох інших представників окремої в юридичній науці спеціальності 12.00.12 — філософія права. До слова, за змістом, спрямованістю досліджень та навіть персональним складом дослідників доречним було б віднести цю спеціальність (якщо вона вже є в юриспруденції) до шифру 12.00.01 — теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень.

Утім повернемося до міркувань про філософію права і право у філософії права. Виявляється, що навіть самі спеціалісти не мають більш-менш визначеного уявлення про цю галузь знання. Читаємо у С. Максимова, який, після аналізу широкого кола праць своїх колег, констатує: «Питання про те, що таке філософія права... це одне з «вічних», а тому й завжди актуальних питань самої філософії права», і це є цитатою з його статті, одна назва якої чого вартує —

¹ Див.: *Кант І.* Критика чистого розуму / І. Кант. — М.: Мысль, 1994. — С. 432.

² *Шемшученко Ю. С.* Що є право? / Ю. С. Шемшученко // Антологія української юридичної думки: в 10 т. — К.: Вид. Дім «Юрид. кн.», 2005. — Т. 10. Юридична наука незалежної України. — С. 46.

³ Див.: *Теорія государства и права*: учеб. для вузов / под ред. проф. Г. И. Мальцева. — М.: БЕК, 1996. — С. 31–32.

⁴ Те, що О. Литвинов аналізує різні підходи до визначення поняття «культура» і не подає такої «картинки» стосовно визначення поняття «право», з формальної точки зору може вважатися певним недоліком, але з точки зору здорового глузду, а також, зважаючи на адресат дослідження (передусім освічені юристи), є цілком виправданим — у чому ж сенс додання до існуючого, оскільки є зрозумілим, про що йдеться?

⁵ Див.: *Козлихин И. Л.* Позитивизм и естественное право / И. Л. Козлихин // Государство и право. — 2000. — № 3. — С. 11.

«Філософія права як проблема філософії права»¹! В іншій зі своїх численних праць С. Максимов пропонує думку вже відомого нам Р. Алексі з цього приводу (сформульовано як «природа філософії права»): «Пояснення автономності філософії права в системі філософії вказує лише відправну точку для відповіді на питання про природу філософії права, а не її останню й кінцеву основу»².

Тому не слід дивуватися, що навіть теорія права і філософія права не знаходять основи для взаєморозуміння й взаємодії, тому й біди у них загальні. Про них говорили й продовжують говорити самі філософи. Ось Лао-цзи: «Мудрі не бувають ученими. Учені не бувають мудрими». Скажу м'якше: справжній учений не може не бути філософом, але чи має кожен філософ здібності вченого — питання. Е. Гуссерль якось жалівся, що філософи переставляють поняття таким чином, як гравці переставляють карти або шахові фігури. І сьогодні самі філософи визнають, що є власне філософи — ті, хто філософствує, і є викладачі філософії, які поділяються з іншими радістю впізнання чужого філософствування. Парадокс полягає у тому, що професійною філософією вважається друге, тоді як первинним і сутнісним є перше³. До честі автора цієї монографії слід сказати, що він належить до філософів, які намагаються поєднати друге (викладання) з першим (власне філософствування).

Іншим захопленням філософів є їхня постійна апеляція до історії, хоча, як відомо, багато хто, наприклад, Гегель, попереджали, що головним уроком історії є те, що народи та уряди ніколи нічому не навчилися з історії, оскільки спогади про минуле не можуть зрівнятися з життєвістю сучасного⁴. Юридична наука багато в чому є консервативною, іноді навіть сліпою, зберігаючи традиції минулого. У вітчизняному праві є досить потужним вплив східної філософії і культури, які тисячоліттями спиралися на безсумнівний пріоритет давнини, традицій, релігійних вірувань, що афористично охарактеризував С. Щербина: «ми — це європейські слова і азійські вчинки». Те, що ми читаємо на сторінках монографії О. Литвинова про вербальні перевтілення та підміни смислу, є науковим поясненням цього афоризму, хоча пояснення досить задовільні, втім, вони пояснюють, наприклад, маніпуляції з правом, але ж не саме право. Інакше кажучи, знов моє питання залишається без відповіді.

Не могу не торкнутися загальної проблеми нашої ментальності. Розподіл на Схід і Захід став уже аксіомою, на нього спирається й автор монографії (с. 89–108). Вітчизняні філософи, а також вже і правознавці, як то показано в книжці, тиражують протиставлення менталітету народів Заходу і Сходу, визнаючи це як даність. При цьому всі спираються переважно на факти чи свідчення історичного характеру, але сучасне не може бути заручником минулого. Те захоплення відомими словами Р. Кіплінга «Захід є Захід, а Схід то є Схід, і разом їм не зійтись», що його висловлює автор, теж не зовсім зрозуміле, оскільки йдеться не більш, ніж про метафору (с. 91–92). Насправді зазначене протиставлення є

¹ Див.: Максимов С. И. Философия права как проблема философии права / С. И. Максимов // Проблемы философии права : міжнар. часопис. — К. ; Чернівці : Рута, 2004. — Т. II. — С. 27.

² Цит. за: Максимов С. І. Философия права: сучасні інтерпретації: вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2009–2010) / С. І. Максимов. — Х. : Право, 2010. — С. 18.

³ Див.: Тульчинский Г. Л. Возможное как сущее / Г. Л. Тульчинский // Эпштейн М. Н. Философия возможного. — СПб. : Алетейя, 2001. — С. 7–24. Приблизно таку думку неодноразово висловлював і український філософ О. М. Єременко.

⁴ Див.: Гегель Г. В. Ф. Лекции по философии истории / Г. В. Ф. Гегель. — СПб. : Наука, 2000.

доволі умовним, а те, що у О. Литвинова такий розподіл «ареалів культур» є співвіднесеним із поняттями «первинних» і «вторинних» культур, потребує додаткового і спеціального розгляду (с. 108–133, ін.).

Правда, йдеться і про головний критерій такого розподілу — права людини, при цьому автором підкреслено слово «кожний», тобто йдеться про рівні права «кожної людини». Але, де це дійсно відбувається або відбулося? І чи є абсолютним або просто благом такі «рівні права»? На аргументи, наведені в даній праці як відповіді вже на ці запитання, є не менше контраргументів. Тут не місце наводити їх багато, скажу лише про сумнівність постановки питання про рівність прав як втілення рівності, що і суперечить природі (усі люди різні), і призводить до спокуси втілення утопічних форм організації соціального життя. Цікаво, що в монографії йдеться про це, але кут зору дещо інший, так тлумачиться ліберальна позиція як правова. Якщо погодитися з її аксіоматичністю, сформульованою А. Вайшвілою (О. Литвинов указує на світоглядно-історичні коріння цих аксіом як на втілення позицій, на які він і сам спирається: природно-правові теорії Нового часу — див.: с. 560–575), то знов ми опиняємося в розпачі перед цілим масивом подій декількох століть. Століть і різних, і складних, і динамічних. І що нам пропонує філософія права? Вона пропонує ці століття вважати єдиним «осьовим часом», тобто одним періодом. Якщо навіть погодитися з цією ідеєю як плідною та об'єктивною, що, на думку автора, робить право стрижнем культурного поступу людства і водночас робить його перспективи більш райдушними, ми залишаємося перед тим самим питанням перед філософією права, про яке йшлося. З цієї точки зору насправді О. Литвинов є справжнім філософом права, як би це не виглядало іронічно в контексті того, про що я висловлювався.

Моя позиція збігається з позицією американця Р. Познера, якому на сторінках цієї книжки присвячено багато сторінок, на що він, безперечно заслуговує (с. 549–559). Про себе цей теоретик права і практикуючий суддя говорить як про «споживача», а не «творця» філософії, де він шукає думки, корисні для права¹. Вважаю, що саме такі філософи права, які є водночас і юристами-практиками, роблять найбільший внесок у юриспруденцію як суто правничу науку, оскільки відштовхуються від потреб життя як його дійсних проблем. Тому уявляється конструктивною позиція видатного російського правознавця XIX ст., якого вважають також і філософом права, Б. Чичеріна, який писав, що природне, тобто філософське право не є власне правом, а є певною керівною розумною ідеєю, яка стає правом тільки тоді, коли здійснюється в суспільному житті. Це є ідеальна норма, що послугує й законодавцю². О. Литвинов також указує на існування такої думки, посилаючись на іншого видатного російського правознавця П. Новгородцева, якого теж вважають філософом права. Тобто йдеться про усвідомлення самими філософами права того, що їхнє філософське або природне право не є правом, і тут мов би ми отримуємо відповідь на моє запитання: чи є право у філософії права? Відповідь, підкреслюю — самих філософів права — ні.

¹ Див.: Познер Ричард А. Проблемы юриспруденции / Ричард А. Познер. — Киев : Акта, 2004. — С. 6.

² Див.: Чичерин Б. Н. Психологическая теория права / Б. Н. Чичерин // Вопросы философии и психологии. — 1900. — Кн. 55. — С. 379.

Але після такої відповіді самому стає якось ніяково, оскільки я дійсно наполягаю на наблизенні філософської думки до вирішення земних проблем, а говорячи філософською мовою, роблю спроби домогтися єдності суцього й обов'язкового. Головне не взагалі «що таке є право?» У моєму розумінні, філософи повинні визначити цілі права зараз і в перспективі, накреслити стратегічні магістралі їх досягнення. Розумію філософів, які заявляють про непрагматичність надмірної прагматики, що перетворюється у свою протилежність, усвідомлюю, що в іншому трактуванні філософія перестає бути філософією. *Але я шукаю союзників у постановці й вирішенні завдань удосконалення умов життя сучасної людини, моїх дітей, онуків, дітей та онуків моїх друзів. Звідси мої претензії до надлишкового абстракціонізму філософів. Плекаю надію, що хоч колись вони знайдуть відгук.* Характерно, самі філософи права прекрасно розуміють необхідність урахувати межі дистанціювання від земних проблем. Зокрема, С. Максимов пише: «Звернення філософії до осмислення правової реальності (правового досвіду) виявилось плідним для самої філософії. Деякі з вищих виявів і досягнень класичної філософії — результат такого звернення. У сфері філософії права також відбувається певна перевірка пізнавальної сили тієї або іншої філософської концепції, перевірка на її практичну спроможність в одній із найважливіших сфер людського духу. Усе це дає повну підставу для висновку про те, що без рефлексії основ права, філософського осмислення правової реальності в цілому філософська система не може вважатися «повноцінною», «донесеною»¹. Однак дотримуватися дистанції, навіть із поправкою на невизначеність майбутнього, не завжди достатньо сил.

Не можу зрозуміти: якщо І. Кант визначав право як результат праці «чистого розуму», орієнтованого на практику², якщо змістом філософії права «...є пізнання суспільного ідеалу, усвідомлювання того, яким має бути благом розумний, справедливий, “нормальний” лад суспільства»³, а її предметом — ідея права⁴, тобто цілком «земні», розумні завдання, чому тоді для їх вирішення філософи права не проводять прямі дослідження, а створюють куртуазно відсторонені «дзеркальні» образи, що відрізняються відчутним «коефіцієнтом кривизни»⁵? Знаю, «в сучасних уявленнях відбувається змінювання ідеалів раціональності, і якщо класична наука виходила з того, що існує лише одна реальність, що нею досліджується, та, відповідно, одна істина, що відповідає цій реальності, то сьогодні визнається існування численності реальностей, кожна з яких має свої критерії існування»⁶. Але коли вибудовуються якісь конструкції, їх розміщують у конкретній (доступній), обраній з існуючої численності реальності, враховуючи «міцність» критеріїв її існування.

¹ Максимов С. І. Філософія права як сфера співпраці юристів і філософів / С. І. Максимов // Проблеми філософії права : міжнар. часопис. — К. ; Чернівці : Рута, 2003. — Т. І. — С. 33.

² Див.: Кант И. Из лекций по этике (1780–1782 гг.) / И. Кант // Этическая мысль: научно-публицистические чтения. — М., 1998. — С. 111.

³ Див.: Франк С. Л. Духовные основы общества / С. Л. Франк. — М., 1990. — С. 21.

⁴ Див.: Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. — М., 1990. — С. 59.

⁵ Див.: Панов Н. И. От составителей / Н. И. Панов, В. А. Бачинин, А. Д. Святоцкий // Философия права. Хрестоматия : учеб. пособие для студ. высш. учеб. зав. / под ред. Н. И. Панова. — Киев : Изд. Дом «Ин Юре», 2002. — С. 12.

⁶ Див.: Псевдонаучное знание в современной культуре (материалы «круглого стола») // Вопросы философии. — 2001. — № 6. — С. 7.

Звичайно, такі побудови створюються не тільки з набору вже готових, добре відомих деталей. Не тільки у філософії, а й повсякденній практиці враховується ризик усвідомленого незнання, іноді суттєвих фактів і обставин. Усвідомлення незнання є надзвичайно потужним двигуном прогресу. Однак дуже сумніваюсь, що для вирішення земних завдань слід вторгтися в такі «глибини, де не тільки розсудок, а й розум розгублюється перед неосяжністю та непояснимістю трансцендентного світу, в осередді якого кристалізуються нормативно-ціннісні структури, що приписують певну логіку людському буттю»¹, створювати нескінченну Китайську «стіну плачу» (згадується гротескне зауваження З. Фрейда, що паранойя являє собою карикатуру на філософську систему).

Грішний я, оскільки мені важко зрозуміти, як людина буде організовувати своє буття, якщо її розум не в змозі уявити, що ж треба робити. Тут знов повернемося до книжки, на сторінках якої червоною стрічкою йдеться про значення розуму, раціональності, яку, повторимо, О. Литвинов називає, як на мене — справедливо, «стрижнем культури», і тоді його філософія права мов би розгортається до життя-буття людини, враження чого посилює й звернення до повсякденності як спроба зануритися в онтологію питання. Але при цьому автор неодноразово наполягає на хибності *простих* уявлень і пояснень правовідносин і соціальних процесів взагалі, які він вважає неадекватними і нелогічними, а відтоді й обов'язково помилковими. А не спадало йому та іншим філософам права на думку, що будь-яка нормативна система і є вже спрощенням, причому обов'язковим, необхідним і плідним відносно саме цих складних соціальних процесів та правовідносин? І що це є одним із головних завдань юридичної думки: зробити зрозумілими правила загального буття для будь-якої психічно нормальної людини? Тому, як на мене, і тут філософія права демонструє хоча й досконалу, але надто абстрактну логіку, якій можна протиставити логіку більш конкретну, і при цьому не менш досконалу. Філософія права залишається філософією права. У тому сенсі, про який я і говорю.

Але ще абстрактнішу, аж до містики, логіку демонструють незрівнянно більш відомі і поважні вчені — юристи і соціологи — які звернулися до філософії права. Ось пасаж, що його взагалі неможливо розв'язати: «Усе, що там відбувається, не може підкорятися логіці та закону причинності. Там будуть виникати будь-які мислимі й немислимі зв'язки, що їх не можна довести й відкинути засобами людської аргументації. І філософія права покликана висвітлювати духовним світлом це лоно глибинних сутностей, перетворювати таємне в наявне»². Хотілося б знати, чим філософія відрізняється від фантастики, як із допомогою людської логіки можна пояснити те, що не підкорюється логіці? А завдання висувається студентам-початківцям...

У той же час інші категорично стверджують, що «історичний час юридичного позитивізму не пройшов і ніколи не пройде» вже в силу «прикладного характеру, відзначеного ще Гегелем»³. Але прикладний характер позитивізму багатьох філософів не влаштовує, оскільки позбавляє можливості літати в захмарних

¹ Див.: Панов Н. И. От составителей / Н. И. Панов, В. А. Бачинин, А. Д. Святоцкий // Философия права. Хрестоматия : учеб. пособие для студ. высш. учеб. зав. / под ред. Н. И. Панова. — Киев : Изд. Дом «Ин Юре», 2002. — С. 12.

² Див.: Там само. — С. 13.

³ Див.: Мартышин О. В. О концепции учебника теории государства и права / О. В. Мартышин // Государство и право. — 2002. — № 8. — С. 63.

висотах. Й. Гьойзінга писав: «Закон, взаємовідносини членів суспільства, ділове життя — усе це випливає з передумови, що більшість людей, загальноприйнята як нормальна, поважає моральний закон. Кожен відчуває себе зобов'язаним його виконувати, не думаючи про те, засновано це почуття особистої відповідальності на релігійній вірі, філософії, суспільному інтересі або на будь-чому іншому. Він намагається вести себе «пристойно» як перед іншими, так і перед самим собою.

Питання «чому» перед ним не постає. Якщо тільки своя ж духовна культура не буде спонукати його поставити перед собою це питання. Як тільки він захоче знати, на чому ґрунтується моральний закон, йому відразу почне загрожувати серйозна небезпека вважати благом принципову відмову від своїх моральних норм, що їх було прийнято нерerefлектовано. Систему моралі вже з давніх часів і з трьох сторін загрожують підірвати філософський імморалізм, деякі світоглядні системи наукового характеру і сентиментальні естетичні доктрини»¹.

Звернення до Й. Гьойзінґа нагадало про привід цього мого виступу, а тому повертаємося до тексту О. Литвинова, який йому також присвятив чимало сторінок, з'ясовуючи різні способи втілення та функціонування поняття культури, серед яких слід визнати досить корисним для політичної та юридичної думки смисловий зв'язок з розумінням громадянства (с. 50–59). Це справді дещо несподівана (принаймні для мене), але аргументована й доведена думка про єдність культури і права, доволі схожа на ту, до якої ми звикли, а саме: про єдність справедливості і права. Етимологія стає герменевтикою, а герменевтика, у свою чергу, стає в нагоді юриспруденції, і таким чином ми отримуємо результат. За всіх умов моєї упередженості до філософсько-правових студій у цьому випадку слід визнати практичну спрямованість таких результатів, оскільки маємо конкретизацію розуміння культури не тільки як вишуканості або належності чи то схильності до художньо-естетичного втілення, який переважає в її розумінні, а й розуміння в нормовано-громадянського. Тоді незвичність і незрозумілість постановки питання на кшталт «культура як категорія права» та «право як категорія культури» вже не виглядає такою екзотичною чи то штучно надуманою, як на перший погляд. Дякуємо Й. Гьойзінзі, його екскурси до голландської та латини дозволили і нам дещо прояснити у відносинах правового характеру.

Тут починаю переходити до певної зміни загального тону та спрямованості щодо філософсько-правових досліджень і конкретно цієї праці. Однією з провідних думок монографії, наскільки я зрозумів, є та, що західна система права дозволяє індивідам (*кожній* особистості, як то підкреслює автор) вільно виявити себе, свої здібності, реалізувати їх на користь і собі, і суспільству. Тому хочу додати: якщо продовжувати розглядати проблему формальної рівності прав у нерівності індивідуальних здібностей і можливостей, то вона може мати взагалі принципово інше рішення. У книжці йдеться про «індивідуалізацію», і це є хоча й відома, але точно «схоплена» (якщо за Гегелем) тенденція, досить послідовно проведена. На її підтримку скажу навіть таке. Нині людина шукає роботу згідно зі своїми здібностями. Але чи не прийдемо ми до такого рівня технологій, коли робота буде будуватися індивідуально, відповідно до здібностей кожної людини? (Тут знов зауважу, що автором досить вдало визначено і обґрунтовано зна-

¹ Див.: *Хейзінґа Й.* Homo Ludens / Й. Хейзінґа. — М., 1992. — С. 97.

чення цього простого слова «кожний» — див.: с. 12–14, ін.). Суспільство є захищеним у максимальній ефективності творчої діяльності кожної людини і, можливо, почне розробляти для неї індивідуальні технології, індивідуальні види робіт. Фантастика чи філософія? Автор наводить приклади з нашого повсякденного життя: індивідуалізація номерів телефонів та електронних адрес уже у всесвітньому масштабі, можна додати сюди безліч прикладів, зокрема індивідуалізацію сидінь — спочатку для обраних, візьмемо космонавтів, тепер йдеться про пересічного громадянина, у кого є такі потреби (ось і я, здається, починаю розуміти, що мав на увазі автор, виокремлюючи це просте слово «кожен»).

Повертаючись до юридичного аспекту проблеми практичної реалізації формальної рівності, можна гадати, що за умов масштабної реалізації цієї концепції вказаний принцип втратить своє лише фундаментальне гносеологічне значення, перетворившись з філософської абстракції у конкретну реальність. Навіть утілена у правовій сфері, формальна рівність під тиском життя і викликаних нею ж тенденцій внутрішнього розвитку перетворюється на свою протилежність. Така ось діалектика життя. Юридична рівність можливостей є, але кому вона потрібна, якщо її конструюють наперед відомій нерівності фактичних можливостей (опосередковано про це нагадують і наведені в монографії слова О. Шпенглера про демократію як «диктатуру грошей»). Що не кажи, формальна рівність людей у правосуб'єктності, попри свою необхідність і позитивну оцінку була і є рівністю для обраних. Недарма В. Нерсесянц, а нині його послідовники намагаються розробити нову концепцію формальної рівності як опосередкованого продукту усвідомленої самоідентифікації й самоорганізації людей із відповідним математичним забезпеченням¹. Сьогодні всі, хто пише на тему формальної рівності, підносять її до небес, і лише одиниці згадують про її умовність. Пригадую, що це питання в дещо іншій формі порушував ще сто років тому П. Новгородцев, філософії права якого присвячена попередня монографія О. Литвинова². Знайти ж працю, де досліджувалася б проблема визначення людиною своїх реальних можливостей скористатися декларованою рівністю, — завдання непосильне. А в моєму розумінні вона є першочерговою. Маємо безліч науково доведених даних про надзвичайну розбіжність у якостях індивідів: діти-індіго, люди, що генетично не сприймають СНІД або чуму з холерою, носії невідомих раніше груп крові (виявилася аж дві) тощо. Ми все більше переконуємося, що кожна людина — унікальність, а науково-технічний прогрес повсякденно підвищує вимоги до рівня культури, розумових та фізичних здібностей людини.

Не є секретом, що постулат: «Право — це нормативна форма вираження свободи за посередництвом принципу формальної рівності людей у суспільній свідомості»³ у практичних робітників-правоохоронців не викликає великих емоцій. Прекрасно розуміють: формальна рівність з усіма наступними модифікаціями в тій частині права, яке є одержавленим, є не чим іншим, як «морквою»,

¹ Див.: *Нерсесянц В. С.* Правовой принцип формальной справедливости (Регулирование формально неравных отношений) / В. С. Нерсесянц // Государство и право. — 2012. — № 4. — С. 101–107.

² Див.: *Литвинов О. М.* Філософія права Павла Новгородцева: суспільний ідеал — право — держава / О. М. Литвинов. — Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2009. — 400 с.

³ Див.: *Нерсесянц В. С.* Філософія права / В. С. Нерсесянц. — М., 1997. — С. 19–20.

елегантною й привабливою упаковкою, завдання якої — сховати екскременти повсякденного життя. *І право, і держава історично виникли і тому продовжують своє існування, що світ складається з людей, які не є рівними у своїх можливостях забезпечити своє благополуччя.* Якщо йдеться про державу соціальну, то, як варіант, потрібно прямо формулювати завдання компенсувати за рахунок суспільства наслідки такої нерівності. Але аморфність стосовно нагальних суспільних завдань так званої національної еліти робить невиразними (причому в бік скоочування до негативу: тут, мабуть, слід визнати досить вдалим визначення О. Литвинова ладу, що в нас склався, як «негатив-патерналізм» — див.: с. 230–248, ін.) спроби конструювання моделі сучасної держави відповідно до орієнтирів, проголошених насамперед у самій Конституції. В Україні маємо гострий дефіцит у об'єднано-державному типі мислення, визнав це навіть перший Президент України Л. Кравчук, який колись сказав, що ми десь ще хуторяни і не можемо піднятися до державного мислення, і що ніхто не виріс до рівня національної еліти. Як на мене, це визнання на користь запропонованої в цій книжці думки щодо вторинності нашої культури. Є в ній ще досить багато плідних думок, зокрема стосовно проблем корупції, питань освіти тощо, але всі їх в одній рецензії розглянути не є можливим, як то я вже зазначав, мої роздумування є, швидше, певними варіаціями на деякі з тем, що їх запропонував автор книжки.

Візнаюся, що у своїх нападах на філософію права я дещо згустив барви, але тільки дещо. Може в розумінні права, яке, чи то в силу своєї природи є дійсно складним, чи то ми штучно завищили оцінку його складності, треба, звичайно ж, звільнитися від психологічного навантаження й визначитися — а чого ми хочемо: милуватися відірвано красою права або удосконалювати багатогранну практику його застосування?

Тут є свої перепони, головну з них зазначив ще Й. Гьоте: «Немає нічого важче, ніж бачити речі такими, якими вони є». Тому давайте спокійно зважимо, що не на словах, а у справах дала людині, суспільству кожна з численних теорій та філософій права, яке втілення вона отримала в законодавстві, які маємо практичні результати, наскільки все те, що маємо, відповідає тенденціям розвитку суспільства? На думку О. Литвинова, філософія права взагалі започаткувала нову еру в історії людства — «другий осьовий час». Його аргументація спирається на визнання свободи і рівності як основи можливості реалізації здібностей і талантів якомога більшої кількості людей. Думка є слушною, як правознавця мене навіть тішить, але ж як тоді з економічними засадами життя, що є його основою? І справа не в марксисті або прямолінійному економічному детермінізмі. Справа в самому житті, яке щоденно демонструє нам значення цієї основи, причому на всіх його рівнях — від повсякденного до державного.

Тому моє питання залишається: так чи є право в сучасній філософії права?

Мабуть — є. Але розкидане воно по крихтах в окремих працях деяких філософів, і зібрати їх досить важко. До них можна віднести й автора цієї монографії. Є і в нього право, але теж розкидане по крихтах — де густіше, а де доволі рідко.

Є ще й інше питання: кому спрямовують свої високі думки філософи, як вони використовуються в практиці облаштування суспільства, у керуванні його розвитком? Г. Ортега-і-Гассет писав: «Щоб філософія урядувала суспільством, зовсім не є обов'язковим, щоб урядували філософи, як вважав спочатку Платон,

однак же не треба, щоб правителі були філософами, як він більш скромніше стверджував потім. І той, і інший вид урядування були б згубними для людства. Щоб філософія урядувала суспільством, достатньо одного лише факту її існування, інакше кажучи, достатньо того, щоб філософи залишалися філософами. Уже більше століття, як філософи є всім, чим завгодно — політиками, педагогами, літераторами, науковими працівниками, але тільки не філософами»¹.

І насамкінець — зовсім нездійсненне — як зробити, і чи можна це зробити взагалі, щоб усі звичайні громадяни України, а не тільки власники гіперрахунків у офшорних банках, спираючись на статтю 5 Конституції, змогли б усвідомлено заявити: «Країною управляю я!»? Особисто я готовий покинути всі справи і вступити у клуб філософів, шаманів, магів, якщо там будуть знайдені підходи до вирішення основоположної проблеми: як нинішню людину — представника біологічного виду зробити людиною по справжньому соціальною, як створити з тієї пародії, що існує, основане на високих ідеалах «СУСПІЛЬСТВО» як «відкрите суспільство» (див.: с. 155–170, ін.), де питання про входження в Європейський Союз буде вирішуватися на основі точних економічних розрахунків, перевірених авторитетними експертами; де депутатів будуть обирати не за подачки гречкою, а за програми розбудови прогресивної народної держави; де про обіцянки неможливо було б забути відразу після виборчої кампанії. Чи є надії, що праці філософів без примушення будуть читати й сприймати пересічні Іваненки та Петренки, щоб не бути тією «масою», що сліпо плентаються то за тим, то за іншим авторитетом з минулого тощо? Інакше навіщо тоді потрібні філософи та їхня філософія?

Мабуть, я не зміг усвідомити всю велич філософії і філософії права...

Що ж стосується цієї праці О. Литвинова, то, на мою думку, такі книжки слід писати, слід читати і слід критикувати, як закликає до цього і він сам. Це зробили вже поважні рецензенти, показово, що монографією зацікавилися не лише юристи — філософи права. Думаю, що залучаться й представники інших спеціальностей, наприклад, політологи. Побажаємо їй успіху насамперед не як позитивних (або негативних, це часто також є показником якості роботи — значить, зачепив чийсь інтереси) відгуків і рецензій, а як практичного впливу на думки та дії наших колег — і теоретиків та філософів права, і практиків. Тоді це буде, хоча й часткова, відповідь на моє питання, що є назвою цього тексту.

Б. РОЗОВСЬКИЙ
*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри правознавства
(Східноукраїнський національний університет
імені Володимира Даля, м. Сєвєродонецьк),
заслужений юрист України*

¹ Див.: *Ортега-и-Гассет Х.* Дегуманізація искусства и другие работы : сб. / Х. Ортега-и-Гассет—М., 1991. — С. 143.

Додаток до юридичного журналу
«Право України»

Науковий журнал

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

1 – 2/2015

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 18647-7447Р від 03.02.2012 р.

Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(протокол № 4 від 27 листопада 2015 р.)

Редагування і коректура *Г. Волкової*
Комп'ютерна верстка *Т. Михайленко*
Художнє оформлення *С. Харука*

Підп. до друку 21.12.2015. Формат 70 x 108¹/₁₆.
Папір офсетний. Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 44,8. Обл.-вид. арк. 41,38.
Зам. № 16-216.
Наклад 300 прим. Ціна договірна.

Передплату на науковий журнал
«Філософія права і загальна теорія права»
можна оформити безпосередньо
в редакції журналу за адресою:
04107, Київ-107, вул. Багговутівська, 17–21
телефон для довідок:
+380(44) 537-51-00

Віддруковано у ПАТ «ВПОЛ»
Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців,
виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4404 від 31.08.2012 р.